RV: Generación de Tutela en línea No 737676

Recepcion Tutelas Habeas Corpus - Cali <apptutelascali@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 9/03/2022 2:45 PM

Para: Juzgado 14 Laboral - Valle Del Cauca - Cali <j14lccali@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: homeroramirezarango@hotmail.com <homeroramirezarango@hotmail.com>

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

Fecha : 09/mar./2022 — ACTA INDIVIDUAL DE REPARTO — Página 1

CORPORACION: JUZGADOS DE CIRCUITO — GRUPO TUTELAS
REPARTIDO AL DESPACHO: CD. DESP 104 — SECUENCIA: 238961 — FECHA DE REPARTO 09/mar./2022

JUZGADO 04 LABORAL CIRCUITO DE CALI

IDENTIFICACION	NOMBRE	APELLLIDO	SUJETO PROCESAL
6324431	HOMERO RAMIREZ ARANGO		01

C27001-CS01BAA2 — CUADERNOS 1

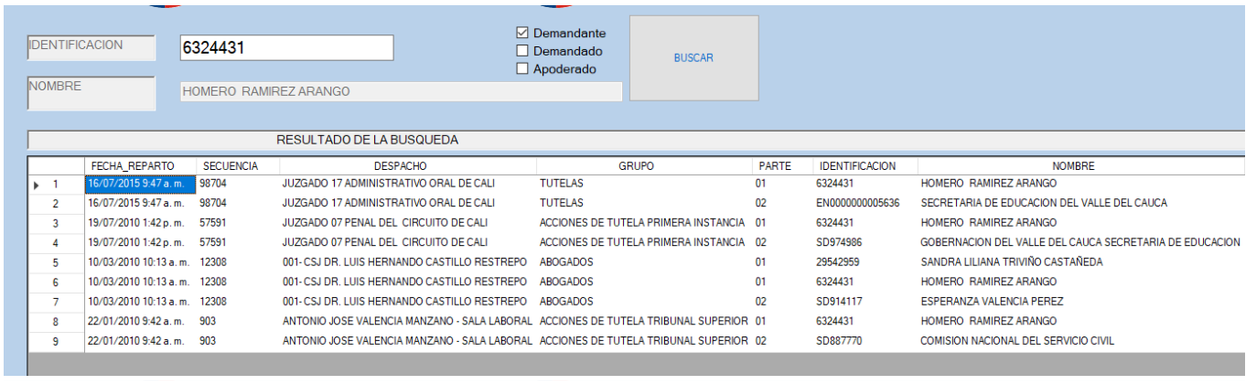
lmuñozl — FOLIOS — POR CORREO ELECTRONICO

EMPLEADO

OBSERVACIONES
LLEGO POR APLICATIVO TUTELA EN LINEA CON NÚMERO 737676

BUENAS TARDES SE REMITE ACCIÓN DE TUTELA

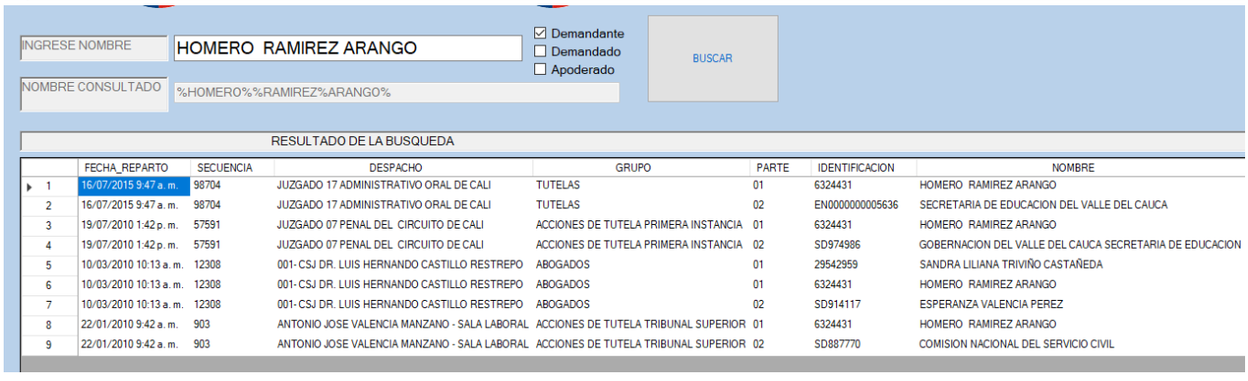
se anexa captura de pantalla de la búsqueda previa al reparto en la base de datos.



IDENTIFICACION: 6324431 — Demandante / Demandado / Apoderado — BUSCAR
NOMBRE: HOMERO RAMIREZ ARANGO

RESULTADO DE LA BUSQUEDA

	FECHA_REPARTO	SECUENCIA	DESPACHO	GRUPO	PARTE	IDENTIFICACION	NOMBRE
1	16/07/2015 9:47 a. m.	98704	JUZGADO 17 ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI	TUTELAS	01	6324431	HOMERO RAMIREZ ARANGO
2	16/07/2015 9:47 a. m.	98704	JUZGADO 17 ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI	TUTELAS	02	EN0000000005636	SECRETARIA DE EDUCACION DEL VALLE DEL CAUCA
3	19/07/2010 1:42 p. m.	57591	JUZGADO 07 PENAL DEL CIRCUITO DE CALI	ACCIONES DE TUTELA PRIMERA INSTANCIA	01	6324431	HOMERO RAMIREZ ARANGO
4	19/07/2010 1:42 p. m.	57591	JUZGADO 07 PENAL DEL CIRCUITO DE CALI	ACCIONES DE TUTELA PRIMERA INSTANCIA	02	SD974986	GOBERNACION DEL VALLE DEL CAUCA SECRETARIA DE EDUCACION
5	10/03/2010 10:13 a. m.	12308	001- CSJ DR. LUIS HERNANDO CASTILLO RESTREPO	ABOGADOS	01	29542959	SANDRA LILIANA TRIVIÑO CASTAÑEDA
6	10/03/2010 10:13 a. m.	12308	001- CSJ DR. LUIS HERNANDO CASTILLO RESTREPO	ABOGADOS	01	6324431	HOMERO RAMIREZ ARANGO
7	10/03/2010 10:13 a. m.	12308	001- CSJ DR. LUIS HERNANDO CASTILLO RESTREPO	ABOGADOS	02	SD914117	ESPERANZA VALENCIA PEREZ
8	22/01/2010 9:42 a. m.	903	ANTONIO JOSE VALENCIA MANZANO - SALA LABORAL	ACCIONES DE TUTELA TRIBUNAL SUPERIOR	01	6324431	HOMERO RAMIREZ ARANGO
9	22/01/2010 9:42 a. m.	903	ANTONIO JOSE VALENCIA MANZANO - SALA LABORAL	ACCIONES DE TUTELA TRIBUNAL SUPERIOR	02	SD887770	COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL



INGRESE NOMBRE: HOMERO RAMIREZ ARANGO — Demandante / Demandado / Apoderado — BUSCAR
NOMBRE CONSULTADO: %HOMERO%%RAMIREZ%ARANGO%

RESULTADO DE LA BUSQUEDA

	FECHA_REPARTO	SECUENCIA	DESPACHO	GRUPO	PARTE	IDENTIFICACION	NOMBRE
1	16/07/2015 9:47 a. m.	98704	JUZGADO 17 ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI	TUTELAS	01	6324431	HOMERO RAMIREZ ARANGO
2	16/07/2015 9:47 a. m.	98704	JUZGADO 17 ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI	TUTELAS	02	EN0000000005636	SECRETARIA DE EDUCACION DEL VALLE DEL CAUCA
3	19/07/2010 1:42 p. m.	57591	JUZGADO 07 PENAL DEL CIRCUITO DE CALI	ACCIONES DE TUTELA PRIMERA INSTANCIA	01	6324431	HOMERO RAMIREZ ARANGO
4	19/07/2010 1:42 p. m.	57591	JUZGADO 07 PENAL DEL CIRCUITO DE CALI	ACCIONES DE TUTELA PRIMERA INSTANCIA	02	SD974986	GOBERNACION DEL VALLE DEL CAUCA SECRETARIA DE EDUCACION
5	10/03/2010 10:13 a. m.	12308	001- CSJ DR. LUIS HERNANDO CASTILLO RESTREPO	ABOGADOS	01	29542959	SANDRA LILIANA TRIVIÑO CASTAÑEDA
6	10/03/2010 10:13 a. m.	12308	001- CSJ DR. LUIS HERNANDO CASTILLO RESTREPO	ABOGADOS	01	6324431	HOMERO RAMIREZ ARANGO
7	10/03/2010 10:13 a. m.	12308	001- CSJ DR. LUIS HERNANDO CASTILLO RESTREPO	ABOGADOS	02	SD914117	ESPERANZA VALENCIA PEREZ
8	22/01/2010 9:42 a. m.	903	ANTONIO JOSE VALENCIA MANZANO - SALA LABORAL	ACCIONES DE TUTELA TRIBUNAL SUPERIOR	01	6324431	HOMERO RAMIREZ ARANGO
9	22/01/2010 9:42 a. m.	903	ANTONIO JOSE VALENCIA MANZANO - SALA LABORAL	ACCIONES DE TUTELA TRIBUNAL SUPERIOR	02	SD887770	COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Libardo Muñoz
Auxiliar Administrativo
Oficina Judicial
Administración Judicial - Seccional Valle

De: Tutela En Linea 01 <tutelaenlinea1@deaj.ramajudicial.gov.co>
Enviado: miércoles, marzo 09, 2022 10:54 AM
Para: Recepcion Tutelas Habeas Corpus - Cali <apptutelascali@cendoj.ramajudicial.gov.co>; homeroramirezarango@hotmail.com <homeroramirezarango@hotmail.com>
Asunto: Generación de Tutela en línea No 737676

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
REPÚBLICA DE COLOMBIA
Buen día,
Oficina Judicial / Oficina de Reparto

Se ha registrado la Tutela en Línea con número 737676

Departamento: VALLE DEL CAUCA.
Ciudad: CALI

Accionante: HOMERO RAMÍREZ ARANGO Identificado con documento: 6324431
Correo Electrónico Accionante : homeroramirezarango@hotmail.com
Teléfono del accionante : 3165842049
Tipo de discapacidad : NO APLICA

Accionado/s:
Persona Jurídico: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- Nit: ,
Correo Electrónico:
Dirección:
Teléfono:

Medida Provisional: NO

Derechos:
DEBIDO PROCESO, DIGNIDAD HUMANA, IGUALDAD,

Descargue los archivos de este tramite de tutela aqui:
Archivo

Cordialmente,

Consejo Superior de la Judicatura - Rama Judicial Nota Importante:
Enviado desde una dirección de correo electrónico utilizado exclusivamente para notificación el cual no acepta respuestas.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

Señor

Juez Constitucional (Reparto)

E.S.D.

REFERENCIA:	Acción constitucional de tutela
DERECHOS:	AL DEBIDO PROCESO (ART 29 C.P.), IGUALDAD (ART. 13 C.P.) Y AL ACCESO AL EMPLEO PUBLICO TRAS CONCURSO DE MERITO (ART 40 NUMERAL 7 Y ART 125 C.P.); PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA (ART 29 C.P.), A LA DIGNIDAD HUMANA (ART 1 C.P.)
ACCIONANTE:	HOMERO RAMÍREZ ARANGO
ACCIONADOS:	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
VINCULADOS:	miembros de la lista de legibles Auxiliar I del grupo II con números de inscripción 5096 y personas vinculadas con empleo auxiliar administrativo II hoy Auxiliar I que se encuentran en la lista de elegibles de la Fiscalía General de la Nación.

HOMERO RAMÍREZ ARANGO mayor de edad, identificada con la cedula de ciudadanía número 6.324.431 , me permito interponer ACCION CONSTITUCIONAL DE TUTELA en ejercicio de las facultades que me otorga el artículo 86 de la Constitución Política y las normas concordantes de los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000, de la siguiente manera:

CONTENIDO

1. ENTIDADES ACCIONADAS ENUNCIACION DE DERECHOS VULNERADOS - SOLICITUD DE VINCULACION. 2
2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS 2
3. PRETENSIONES 6
4. FUNDAMENTOS DE DERECHO 7
4.2. EL DERECHO ADQUIRIDO A SER NOMBRADO EN UN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA 11
4.3. Violación al derecho a la dignidad humana. C.P Art. 1. Colombia es un Estado Social de derecho. 14
5. PRUEBAS Y ANEXOS 15
6. NOTIFICACIONES 15

1. ENTIDADES ACCIONADAS ENUNCIACION DE DERECHOS VULNERADOS - SOLICITUD DE VINCULACION.

La actual Acción de Tutela la presento en contra de la entidad de derecho público conocida como **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** representada esta por su directora o quien haga sus veces, y quien operara como ENTIDAD ACCIONADA en el presente proceso constitucional, el cual se ha iniciado a fin de que sean salvaguardados mis derechos AL DEBIDO PROCESO (ART 29 C.P.), IGUALDAD (ART. 13 C.P.) Y AL ACCESO AL EMPLEO PUBLICO TRAS CONCURSO DE MERITO (ART 40 NUMERAL 7 Y ART 125 C.P.); PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA (ART 29 C.P.), A LA DIGNIDAD HUMANA (ART 1 C.P.)

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

2.1. La FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, dio apertura a concurso abierto de méritos para proveer 1.716 empleos de carrera en esa entidad, proceso que se reguló por medio de la convocatoria 015 de 2008 y del que se derivaron las Convocatorias No. 001, 002, 003, 004, 005, 006, 007, 008, 009, 010, 011, 012, 013, 014, y 015 de 2008.

2.2. Me inscribí en el proceso de la Fiscalía, convocatoria destinada a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de Auxiliar Administrativo II, hoy Auxiliar I, para la entidad de derecho público FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN cumplí con todos los requisitos necesarios para formalizar mi inscripción, y realicé todas las pruebas de conocimiento y aptitudes que formaban parte del proceso, por lo que logre alcanzar el puesto 442 en la lista de elegibles, ahora el puesto 447 por la reclasificación realizada mediante acuerdo #0071 del 27 de Junio del 2017 grupo 2 auxiliar 1.

2.3. Para mi caso, el perjuicio irremediable provocaría una afectación moral y económica grave, al negarme el acceso a la carrera administrativa.
He esperado pacientemente que se dé mi nombramiento en carrera administrativa, pero esto no ha ocurrido a la fecha, confié en la buena administración de la entidad accionada, en cuanto al manejo de los nombramientos, pero esto no ha ocurrido.

Mas hay algo muy importante en lo que debo insistir: no es cualquier cosa que una importante entidad del estado niegue el acceso a la carrera administrativa por desconocimiento de la jurisprudencia o desconocimiento de las leyes actuales.

2.4. Como un ejemplo de lo que se hace en los nombramientos de carrera administrativa en las entidades públicas de Colombia, expongo por ejemplo que El día 30 de marzo de 2020 el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA expidió el decreto número • 498 de 2020 "Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública" donde se determinó (y señalaré con azul):

(…)
"

DECRETA:

Artículo 1. Modificar el artículo 2.2.5.3.2 del Capítulo 3 del Título 5 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, el cual quedará así:

Artículo 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

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

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.

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.

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 adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

Parágrafo 1°. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, 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 y **para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados**, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

Lo anterior sin perjuicio de lo señalado en el numeral 3 del artículo 21 de la Ley 909 de 2004.

2.5. Se muy bien que la reglamentación en cuanto a los nombramientos en la fiscalía general de la nación es algo diferente pero, expongo el siguiente ejemplo en cuanto a la normatividad para las otras entidades porque muestra un camino claro y justo de lo que se debe hacer con mi nombramiento, el día veintisiete (27) de junio de dos mi diecinueve (2019), se expidió la Ley 1960 del 2019 "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones" en cuyo artículo 6 se consignó: "El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "ARTICULO 31. El proceso de selección comprende: 1. (...) 2. (. . .) 3. (...) 4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que

tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad"

2.6. Como un ejemplo, En las entidades controladas por la CNSC sobre casos análogos, existen por lo menos **42 fallos** de Tutela de sentencias de segunda instancia de tribunales de diferentes especialidades que han apoyado la aplicación con **efecto retrospectivo** de la Ley 1960 de 2019 en sus artículos 6 y 7, en acciones de tutela contra el ICBF, SENA y la CNSC cuya relación presento a continuación, y que se apartan con sus decisiones de la aplicación del CRITERIO UNIFICADO del 16 de enero de 2020, esta aplicación retrospectiva de dicha Ley apoya de forma tácita la aplicación del decreto 498 de 2020, 44 sentencias de tutela que son prueba fehaciente de lo ocurrido con las convocatorias anteriores al 27 de junio de 2019, y prueba fehaciente que el decreto 498 de 2020 es de aplicación retrospectiva.

Todos estos casos relacionados están relacionados en el Anexo C

2.7. Como un ejemplo, En las entidades controladas por la CNSC sobre casos análogos: El Tribunal Administrativo Del Tolima (relacionado en el listado inmediatamente anterior), y de radicado: 73001-33-33-005-2020-00058-01, en la Acción de Tutela contra el ICBF y la CNSC, es importante mencionar, aunque una de las entidades accionadas es diferente (el ICBF), se trata de casos análogos a la presente acción constitucional porque entre otras cosas en su ratio decidendi acoge la aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 con **efecto retrospectivo** que no retroactivo, mencionando en tal sentencia:

> *"Adicionalmente, se debe tener en cuenta que aunque la redacción original del numeral 4° del artículo 31 de la ley 909 del 23 de septiembre de 2004 dictó que con la lista de elegibles "se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso", la ley 1960 del 27 de junio de 2019, modificó tal artículo, según el cual con la lista de elegibles "se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad".*
>
> *Resulta, entonces, evidente que ha operado un tránsito de legislación en cuya virtud, compete la sala evaluar si se dan los presupuestos para que la Ley 1960 de 2019 sea aplicable a Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán o si, por el contrario, debe seguirse con la Ley 909 de 2004 sin modificaciones.*
>
> *Respecto a esto, es claro que, por regla general, las normas rigen hacia el futuro una vez son divulgadas, y excepcionalmente regirán ultra activa o retroactivamente, pero adicionalmente se ha aceptado otra modalidad de aplicación temporal de las normas denominada retrospectividad, que a las luces de la sentencia T-564 de 2015 consiste en: "…la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva.*
>
> *En este sentido, ha sido unánimemente aceptado por la jurisprudencia de todas las Altas Cortes que si bien en principio las normas jurídicas solo tienen aplicabilidad a situaciones que tuvieron lugar con posterioridad a su vigencia, ello no presenta impedimento alguno para que, en los casos en los que la situación jurídica no se ha consolidado o sus efectos siguen surtiéndose, una nueva norma pueda entrar a regular y a modificar situaciones surtidas con anterioridad a su vigencia."*
>
> *Como consecuencia de lo anterior, siendo la generalidad de las leyes que surjan efectos ex nunc, una norma posterior podrá regular situaciones anteriores siempre y cuando sean*

meras expectativas y no situaciones jurídicas consolidadas, como quiera que de estas últimas se entenderán finiquitadas sus consecuencias bajo la ley antigua.

Bajo esta premisa de que los aspirantes que figuran en una lista de elegibles cuentan con una mera expectativa salvo aquél que ocupe el primer lugar, único de quien se predica un derecho adquirido, y teniendo de presente que el nominador no cuenta con una facultad sino con un deber al momento de recurrir a la lista de elegibles, a efectos de proveer un cargo de grado y denominación iguales para el cual se abrió originalmente el concurso de méritos, la sala encuentra que es dable aplicar retrospectivamente la Ley 1960 de 2019 a las accionantes, puesto que su situación no se encuentra consolidada dentro de la Convocatoria 433 de 2016."

2.8. **Como un ejemplo, En las entidades controladas por la CNSC sobre casos análogos**, es importante destacar que la sentencia a continuación mostrada trataba de un caso referente a la aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 con **efecto retrospectivo** (no retroactivo).

En: el **Consejo De Estado** Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A; **Consejera Ponente**: María Adriana Marín el día, diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020) en un proceso cuyo número de Radicación es 11001-03-15-000-2020-01727-00; **Demandante**: Roberto Salazar Fernández; **Demandado**: Tribunal Administrativo Del Tolima; **Referencia**: Sentencia De Tutela De Primera Instancia; En la parte considerativa de su sentencia, afirma la sala del Consejo de estado frente al fallo de tutela tomado por el Tribunal Administrativo Superior del Tolima y proceso de radicado: **73001-33-33-005-2020-00058-01** , lo siguiente:

"Visto lo anterior, es claro que la presente solicitud de amparo deviene en improcedente, justamente porque busca revivir la discusión del proceso de tutela que ahora se cuestiona, concerniente a la viabilidad del uso de la lista de elegibles que se conformó luego de haberse concluido todas las etapas de la Convocatoria 433 de 2016, a fin de proveer unas vacantes de iguales características a las del cargo denominado defensor de familia, código 2125, grado 17, lo cual fue estudiado y resuelto razonablemente por el Tribunal Administrativo del Tolima en la providencia atacada, decisión que se fundó no solo en la ley y la jurisprudencia, sino en el mérito como postulado constitucional de indispensable aplicación en casos relacionados con el acceso a la carrera administrativa."

2.9. La Corte Constitucional en fallo muy reciente estableció un importante precedente jurisprudencial en su sentencia T-340 de 2020, fallo proferido el 21 de agosto de 2020, fallo que en su ratio decidendi determino la aplicación de la Ley 1960 de 2019

3. PRETENSIONES

Por lo expuesto, con base en los hechos, con fundamento en las pruebas que se aducen y conforme al derecho, debe entenderse que la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN no dio el tratamiento que corresponde a la vacancia definitivas, o a los empleos que se encuentran provistos en provisionalidad, o por encargo y que corresponden a un **empleo equivalente** o también inclusive al **mismo empleo**, misma o similar inscripción, mismas o similares funciones, mismo o similar grado, y mismo o similar salario que el de los empleos contenidos en mi Lista de Elegibles, en la cual aparezco, sobre todo teniendo en cuenta que existen empleos ocupados en provisionalidad o en Encargo que son **equivalentes** al empleo por el cual concursé, y teniendo presente que se consolido el derecho a ser nombrado y que de él ninguna entidad administrativa puede disponer.

Por todo lo expuesto, respetuosa y comedidamente me permito SOLICITARLE lo siguiente:

1. Se protejan mis derechos fundamentales AL DEBIDO PROCESO (ART 29 C.P.), IGUALDAD (ART. 13 C.P.) Y AL ACCESO AL EMPLEO PUBLICO TRAS CONCURSO DE MERITO (ART 40 NUMERAL 7 Y ART 125 C.P.); PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA (ART 29 C.P.), A LA DIGNIDAD HUMANA (ART 1 C.P.) la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

2. Se ordene a las entidad accionada que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, realicen los trámites administrativos pertinentes para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 1 del decreto 498 de 2020 en relación con el orden en que tuvieron que haberse provisto los empleos dentro de la Fiscalía General, y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles conformada mediante en la cual aparezco, en uno de los empleos que se encuentran en provisionalidad, encargo, o vacantes, teniendo en cuenta que se consolidó mi derecho a ser nombrado en un cargo de carrera administrativa al tener en cuenta lo reglamentado.

3. Específicamente para lo anterior: - Se ordene a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN– para que proceda a efectuar mi nombramiento en una de la ofertas de empleo declaradas desiertas o que hayan quedado vacantes.

4. FUNDAMENTOS DE DERECHO

4.1. La Sentencia muy reciente de la Honorable Corte Constitucional T-340 de 2020 proferida el 21 de agosto de 2020

Hace pocos días la Corte Constitucional estableció una clara línea jurisprudencial en relación con la aplicación de la aplicación en el tiempo de la Ley 1960 de 2019.
En dicha sentencia la corte estableció y donde señalaré con rojo lo relacionado para mi caso:

"3.6. Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo
3.6.1. El 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019, "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones". En ella se alteraron figuras como el encargo, se dispuso la profesionalización del servicio público, se reguló la movilidad horizontal en el servicio público y, en particular, respecto de los concursos de méritos, se hicieron dos cambios a la Ley 909 de 2004. El primero de ellos consistió en la creación de los concursos de ascenso, para permitir la movilidad a cargos superiores de funcionarios de carrera dentro de la entidad, así, en la referida ley, se establecieron unas reglas puntuales para la procedencia de estos concursos y se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los seis meses siguientes contados a partir de su expedición, debía determinar el procedimiento para que las entidades y organismos reportaran la OPEC, para viabilizar el referido concurso. El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, como se mencionó con anterioridad, con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas "vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad". Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación. Como se aprecia, el cambio incluido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, comporta una variación en las reglas de los concursos de méritos, particularmente en relación con la utilización de las listas de elegibles. Así, la normativa anterior y la jurisprudencia de esta Corporación sobre el tema, partían de la premisa de que la norma establecía que las listas de elegibles únicamente podrían usarse para los cargos convocados y no otros, a pesar de que con posterioridad a la convocatoria se generaran nuevas vacantes definitivas. Con ocasión de la referida modificación, esta Sala deberá definir la aplicación en el tiempo de dicha norma, comoquiera que, su uso, en el caso concreto, prima facie, proveería un resultado distinto de aquel que podía darse antes de su expedición, no solo debido al cambio normativo, sino también a la consecuente inaplicabilidad del precedente señalado de la Corte respecto del uso de la lista de elegibles, ya que la normativa en la cual se insertaron esos pronunciamientos varió sustancialmente.

3.6.2. Previo a realizar este análisis, es preciso recordar que en otras ocasiones el legislador ha establecido, para casos concretos, que las listas de elegibles deben ser usadas para proveer los cargos convocados, así como aquellas vacantes de grado igual, correspondientes a la misma denominación. Este es el caso de la Ley 201 de 1995 47, que, para el caso de la Defensoría del Pueblo, estableció la aplicabilidad de dicha regla. Esta ley fue demandada en ejercicio de la acción pública de constitucionalidad y en la Sentencia C-319 de 2010 48 se decidió su exequibilidad49. Uno de los argumentos que explican la validez de la referida norma es que con ella se logran los principios de la función pública, particularmente los de economía, eficiencia y eficacia, en tanto permite hacer más eficiente el uso del talento humano y de los recursos públicos, ambos escasos para el caso de la Defensoría del Pueblo. Es innegable que la obligación

de uso de listas de elegibles vigentes para proveer cargos de igual denominación pero no convocados, en el contexto expuesto, busca garantizar el mérito como criterio exclusivo de acceso a cargos públicos, ya que únicamente se podrá nombrar en las vacantes a las personas que hayan superado todas las etapas de la convocatoria y, además, sean los siguientes en orden de la lista, después de haberse nombrado a las personas que ocuparon los primeros lugares para proveer los cargos ofertados. Adicionalmente, ello permite un uso eficiente de los recursos públicos y del recurso humano, con lo cual se garantiza la plena vigencia los principios que rigen la función administrativa.

3.6.3. Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma, por lo que se deberá definir si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley. El primero de estos fenómenos, esto es, la retroactividad, se configura cuando la norma expresamente permite su aplicación a situaciones de hecho ya consolidadas. Por regla general está prohibido que una ley regule situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, en respeto de los principios de seguridad jurídica y buena fe50, así como del derecho de propiedad. Por otro lado, el fenómeno de la ultractividad consiste en que una norma sigue produciendo efectos jurídicos después de su derogatoria, es decir "se emplea la regla anterior para la protección de derechos adquiridos y expectativas legítimas de quienes desempeñaron ciertas conductas durante la vigencia de la norma derogada, no obstante existir una nueva que debería regir las situaciones que se configuren durante su período de eficacia por el principio de aplicación inmediata anteriormente expuesto" . Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso subjudice. El último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la retrospectividad, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, "pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva" [52]. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas. Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles "se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer" [53]. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen un derecho subjetivo y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004. Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía

el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso. Por último, se aclara que en este caso no se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto de los potenciales aspirantes que podrían presentarse a los concursos públicos de méritos para acceder a los cargos que ahora serán provistos con las listas de elegibles vigentes en aplicación de la nueva ley. En efecto, tanto la situación de quienes tienen derechos adquiridos como de quienes aún no han consolidado derecho alguno, están reservadas para las personas que conformaron las listas de elegibles vigentes al momento de expedición de la ley, de manera que el resto de la sociedad está sujeta a los cambios que pueda introducir la ley en cualquier tiempo, por cuanto, en esas personas indeterminadas no existe una situación jurídica consolidada ni en curso.

3.6.5. En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.

En síntesis la Corte Constitucional establece en su ratio decidendi que la Ley 1960 de 2019 *"para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas",* y explica la sentencia de una forma clara y precisa *"Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley".*

Teniendo claro que la aplicación de la Ley 1960 de 2019 en el tiempo, solicito a su señoría tomar las medidas para que, en mi caso concreto, se dé aplicación a lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, que es:

> 4 con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

Y sabemos muy bien como lo prueba la tabla de cargos de este escrito de acción de tutela (tabla antes relacionada) que hay cargos equivalentes o "empleos equivalentes" como lo define la Ley 1083 de 2015, la sentencia de la Corte Constitucional T-340 de 2020 es una prueba más para solicitar la inaplicación por inconstitucional el Criterio Unificado expedido por la CNSC el 16 de enero de 2020, pues ahora no solo contradice La Ley 1960 de 2019, sino que además contradice una Sentencia de la Corte Constitucional, precedente jurisprudencial diáfano para el caso en concreto.

Como aspectos preliminares sobre la procedibilidad de la presente acción de tutela, me permito presentar lo siguiente:

Por favor revisar el **Anexo B – Sobre la procedibilidad de la presente acción de tutela**

Sentencia T-340 de 21 de agosto de 2020

(Destacaré con color lo más relevante para el caso en concreto)

"Ahora bien, desde una perspectiva general, la Corte ha sostenido que, pese a la existencia de las vías de reclamación en lo contencioso administrativo, existen dos hipótesis que permiten la procedencia excepcional de la acción de tutela. La primera, se presenta cuando existe el riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable, causal que tiene plena legitimación a partir del contenido mismo[15] del artículo 86 del Texto Superior y, por virtud de la cual, se le ha reconocido su carácter de mecanismo subsidiario de defensa judicial. Y, la segunda, cuando el medio existente no brinda los elementos pertinentes de idoneidad y eficacia para resolver la controversia, a partir de la naturaleza de la disputa, de los hechos del caso y de su impacto respecto de derechos o garantías constitucionales.

(…) Continua la sentencia T-340 …

"En el marco específico de las medidas cautelares, la Corte también ha dicho que el juez de tutela tiene la facultad de proteger los derechos fundamentales como objetivo prioritario de

acción, y ello lo hace de forma inmediata y con medidas más amplías[22]; y, además, precisó que, aunque se debe revisar dicha herramienta al hacer el estudio de subsidiariedad, lo cierto es que existen importantes diferencias entre la medida cautelar y la acción de tutela, las cuales pueden resumirse así:

> *"(i) es necesario seguir y ajustarse al procedimiento descrito en la norma y acudir mediante abogado debidamente acreditado, situación que no ocurre con la acción de tutela, como quiera que este es un instrumento que puede ser usado de manera personal por el titular de los derechos vulnerados, sin necesidad de seguir una forma preestablecida, (ii) por regla general, para que una medida cautelar sea decretada, es imperativo prestar caución para asegurar los posibles perjuicios que con ésta se puedan causar[23] y, (iii) la suspensión de los actos que causen la vulneración de los derechos no es de carácter definitivo, puesto que estas herramientas son transitorias y, en esa medida, la orden final está sometida a las características propias de cada juicio, en contraposición con la protección que brinda el amparo constitucional, que en principio, es inmediato y definitivo."* [24]

En este orden de ideas, se concluye que la acción de tutela es procedente por vía de excepción para cuestionar actos administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos, y que, más allá de la causal del perjuicio irremediable, cabe examinar la eficacia en concreto del medio existente y de la viabilidad sumaria de las medidas cautelares, teniendo en cuenta, como ya se dijo, la naturaleza de la disputa, los hechos del caso y su impacto respecto de derechos, principios o garantías constitucionales, siendo, prevalente, en este escenario, la protección del mérito como principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, como lo señaló expresamente Sentencia T-059 de 2019[25]."

Frente a esta explicación tan clara entregada por la H. Corte constitucional solo agregaré que, lo explicado en la sentencia T-340 se asimila perfectamente a mi caso en concreto, pues someterme a una acción legal diferente de la tutela, es permitir que se sigan vulnerando mis derechos fundamentales ya reclamados aquí, derechos que evidentemente han sido vulnerados para mí y para muchas otras personas dentro de las convocatorias cuyos acuerdos fueron firmados antes del 27 de junio de 2019, por la ya bien conocida posición tomada por la CNSC con sus controvertidos criterios unificados del 1 de agosto de 2019 y 16 de enero de 2020, Criterios que claramente contradicen la jurisprudencia establecida con la sentencia T-340 de 21 de agosto de 2020, no es una daño menor que las entidad accionada con diferentes excusas sin fundamento jurídico y/o fáctico me nieguen el acceso a un cargo en carrera administrativa por mérito, más teniendo en cuenta que hay vacantes, y que el día de hoy ocupo un lugar de elegibilidad en mi área en toda Colombia.

Mismo empleo es diferente de **Empleo Equivalente**

4.2. EL DERECHO ADQUIRIDO A SER NOMBRADO EN UN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA

Se consolidó para mí el derecho a ser nombrado porque mientras la lista de elegibles estaba vigente que regulan situaciones similares a la mía como por ejemplo el decreto 498 de 2020, y la Ley 1960 de 2019, el decreto 498 de 2020 "Por el cual se modifica y adiciona el Decreto

1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública" es muy claro (señalaré con azul):

> *"Parágrafo 1°. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, 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 y para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad."*

Obsérvese, el decreto 498 es muy claro, al definir la forma en que se tienen que proveer vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, como es el caso mío, y este decreto entra en perfecta consonancia con la Ley 1960 de 2019, donde el artículo 4 estableció(que resaltaré):

> *ARTÍCULO 6°. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "Artículo 31. El Proceso de Selección comprende: 1. (...) 2. (...) 3. (.. .) 4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.*
>
> *Debo entonces especificar que una Ley (la 1960 de 2019) y un decreto (498 de 2020) estaban vigentes durante la vigencia de mi lista de elegibles porque ambos eran de aplicación retrospectiva (léase bien: retrospectiva) y no retroactiva, siendo de aplicación retrospectiva para mí ninguna autoridad administrativa puede negarme el derecho a ser nombrada en un cargo equivalente o también del mismo empleo.*

Sobre el derecho adquirido recordemos una parte de la jurisprudencia (Sentencia No. C-168/95):

> Por "derechos adquiridos hay que entender las facultades legales regularmente ejercidas, y por expectativas o intereses las que no lo habían sido todavía en el momento del cambio de legislación", según lo sostienen Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade (Tratado Teórico y Práctico de Derecho Civil).

Julián Restrepo Hernández, tratadista colombiano, considera que "los derechos adquiridos son pues las consecuencias jurídicas nacidas en virtud de una ley vigente al cumplimiento del hecho previsto en la misma ley".

La jurisprudencia Colombiana también ha sido copiosa en ese sentido. Sin embargo, sólo citaremos dos de sus pronunciamientos, que en nuestro criterio, recogen el pensamiento de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, el que ha sido reiterado con pequeñas variaciones no sustanciales.

> "La noción de derecho adquirido se contrapone a la de mera expectativa..... Por derecho adquirido ha entendido la doctrina y la jurisprudencia aquél derecho que ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que hace parte de él, y que por lo mismo, no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente.
> Lo anterior conduce a afirmar que el derecho adquirido es la ventaja o el beneficio cuya conservación o integridad, está garantizada, en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción.
> Ajusta mejor con la técnica denominar 'situación jurídica concreta o subjetiva', al derecho adquirido o constituído de que trata la Constitución en sus artículos 30 y 202; y 'situación jurídica abstracta u objetiva', a la mera expectativa de derecho. Se está en presencia de la primera cuando el texto legal que la crea ha jugado ya, jurídicamente, su papel en favor o en contra de una persona en el momento en que ha entrado a regir una ley nueva. A la inversa, se está frente a la segunda, cuando el texto legal que ha creado esa situación aún no ha jugado su papel jurídico en favor o en contra de una persona". (sent. diciembre 12 de 1974)

Y en sentencia del 17 de marzo de 1977, se expresó:

> "Por derechos adquiridos, ha dicho la Corte, se tienen aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley, y que por lo mismo han creado a favor de sus titulares un cierto derecho que debe ser respetado. Fundamento de la seguridad jurídica y del orden social en las relaciones de los asociados y de estos con el Estado, es que tales situaciones y derechos sean respetados íntegramente mediante la prohibición de que leyes posteriores pretendan regularlos nuevamente. Tal

> afectación o desconocimiento sólo está permitido constitucionalmente en el caso de que se presente un conflicto entre los intereses generales o sociales y los individuales, porque en este caso, para satisfacer los primeros, los segundos deben pasar a un segundo plano. Se trata de afirmar entonces el imperio del principio de que el bien común es superior al particular y de que, por lo mismo, este debe ceder."

Por su parte, la Corte Constitucional en reciente fallo, al resolver una demanda contra el artículo 289 de la misma ley que hoy se impugna parcialmente, expresó en relación con este tema lo siguiente:

> "La norma (art. 58 C.N.) se refiere a las situaciones jurídicas consolidadas, no a las que configuran meras expectativas, estas, por no haberse perfeccionado el derecho, están sujetas a las futuras regulaciones que la ley introduzca.
> Es claro que la modificación o derogación de una norma surte efectos hacia el futuro, salvo el principio de favorabilidad, de tal manera que las situaciones consolidadas bajo el imperio de la legislación objeto de aquélla no pueden sufrir menoscabo. Por tanto, de conformidad con el precepto constitucional, los derechos individuales y concretos que ya se habían radicado en cabeza de una persona no quedan afectados por la nueva normatividad, la cual únicamente podrá aplicarse a las situaciones jurídicas que tengan lugar a partir de su vigencia." (sent. C-529/94 M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

4.3. Violación al derecho a la dignidad humana. C.P Art. 1. Colombia es un Estado Social de derecho.

Es de anotar que la Fiscalía General de la Nación no me ha dado un trato justo equitativo e igualitario al negarse a proveer un cargo de los empleos DECLARADOS DESIERTOS Y/O NO CONVOCADOS, siendo empleos que son equivalentes o también del mismo empleo; y además, habiendo aplicado las mismas pruebas rigurosas para la selección de los concursantes a nivel nacional, se niegan a una elaboración y uso de Listas de Elegibles para acceder a cargos en periodo de prueba, que me permita ingresos laborales estables en un empleo de carrera administrativa para una vida digna, va en contra de la Dignidad Humana por lo que pido se me proteja este derecho.

5. PRUEBAS Y ANEXOS

Para dar sustento a lo anterior, presento las siguientes pruebas y anexos:

5.1. En digital se aportan los siguientes documentos (para el oportuno traslado y valoración del Juez Constitucional)

a. Copia de la Cédula de ciudadanía del accionante

b. Ley 1960 del 27 de junio de 2019 que modifica la ley 909 de 2004.

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

d. Relación y copias digitales de los fallos de Tutela mencionados en puntos anteriores que su señoría puede solicitar con la rama judicial, y que siendo análogos a los de esta acción constitucional también favorecen la aplicación de los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019

6. NOTIFICACIONES

- Recibo notificaciones en el Correo electrónico: homeroramirezarango@hotmail.com, Celular: 317 369 2280 - WhatsApp: 316 584 2049

Agradeciendo la atención prestada,

Atentamente,

HOMERO RAMIREZ ARANGO
C.C 6324431 de Guacari Valle

1. El primer criterio expedido el 1 de agosto de 2019 adoptaba lo siguiente:

(…)

"CRITERIO ADOPTADO

Las listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la Ley 1960, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria.

De otra parte, los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la Ley 1960, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas las reglas previstas para las listas de elegibles.

En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada."

(…)

Sin embargo, no analizaré debido a que el criterio unificado de la CNSC del día 16 de enero de 2020 dejó sin efectos este criterio DEL 1 DE AGOSTO DE 2019, por lo tanto, me enfocaré en analizar punto por punto todo el criterio de la CNSC del día 16 de enero de 2020 a continuación:

Transcripción del criterio:

CRITERIO UNIFICADO
"USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019"

Ponente: *Comisionado Fridole Bailén Duque.*
Fecha de sesión: *16 de enero de 2020.*

La Sala Plena de la CNSC, en sesión del 16 de enero de 2020, aprobó el Criterio Unificado USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019.

MARCO JURÍDICO

El uso de Listas de Elegibles se encuentra regulado por las siguientes disposiciones legales y reglamentarias:

- *Ley 909 de 2004*
- *Decretos 1083 de 2015 y 648 de 2017*
- *Ley 1960 de 2019*

PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

1. ¿Cuál es el régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas y en firme en los procesos de selección convocados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019?
2. ¿Cuál es el régimen aplicable a las listas de elegibles que se conformen en los procesos de selección convocados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019?

RESPUESTA AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO:

El artículo 6 de la Ley 1960 de 2019[1], modificó el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, previendo lo siguiente:

"(…)

"4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional de/ Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. ***Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad****. (Resaltado fuera de texto)*

La CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-, a través de la Circular Conjunta No. 20191000000117 de 29 de julio de 2019[2], numeral 6°, impartieron instrucciones sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019 a partir de su entrada en vigencia y en relación con los procesos de selecciona a los que aplica, así:

' "Por el cual se modifican le Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones"
2 *"Por la cual se imparten lineamientos frente a la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, en relación con la vigencia de la ley-procesos de selección, informe de las vacantes definitivas y encargos"*
(Este recuadro no está en el testo original del criterio de la comisión, pero es colocado aquí para indicar las notas al pie de página que el texto original posee)

"(...) El artículo 7° de la Ley 1960 de 2019, prevé: "(...) la presente ley rige a partir de su publicación (...)" hecho que acaeció con la publicación realizada en el Diario Oficial No. 50997 del 27 de junio de 2019.

Conforme con las etapas definidas en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y el precedente jurisprudencial, los procesos de selección existen jurídicamente desde el momento en que son aprobados por la Sala Plena de la CNSC, como consecuencia del agotamiento de la etapa previa de planeación y coordinación interinstitucional.
Los procesos aprobados en sesión de Comisión hasta antes del 27 de junio de 2019, podrán ser modificados, corregidos o aclarados en cualquiera de sus aspectos en los términos de la normatividad que se encontraba vigente antes de la expedición de la Ley 1960 de 2019.
Con fundamento en lo antes citado, los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019 se regirán por el artículo 29 de la Ley 909 de 2004 vigente antes de su modificación.
(…)"

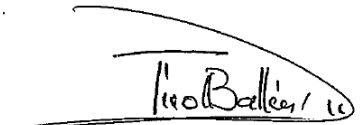
Lo anterior, en concordancia con el Principio de Ultra actividad de la Ley, mismo que en la doctrina de la Corte Constitucional, Sentencia C-763 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería, fue enunciado en los términos que a continuación se exponen:

"[...]
Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación "Tempus regit actus, que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultra actividad de las normas, que son derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc. [...]"

En virtud de los apartes jurisprudenciales en cita y teniendo en cuenta que el concurso está integrado por diferentes actos administrativos iniciando con el de convocatoria al proceso de selección y culminando con el de evaluación del período de prueba, se concluye que las convocatorias para proveervacantes definitivas de empleos de carrera, iniciadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, deberán agotar el procedimiento conforme a las reglas previamente establecidas en la convocatoria y en las normas que le sirvieron de sustento, con el fin de garantizar seguridad jurídica a las entidades y a los aspirantes.
Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.
De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos'; entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.

RESPUESTA AL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO:

El enfoque dado por la Ley 1960 de 2019, para los procesos de selección, implica que éstos deberán ser estructurados considerando el posible uso que pueda hacerse de las listas de elegibles para empleos equivalentes, con el objeto de lograr que ellos sean equiparables desde el proceso de selección.
*Por tanto, el nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas por la CNSC en el marco de los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes de los "**mismos empleos**" o vacantes en cargos de empleos equivalentes.*
Se deja sin efecto el Criterio Unificado de fecha 1 de agosto de 2019, "Listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2099", junto con su Aclaración.
El presente Criterio Unificado fue aprobado en sesión El presente Criterio Unificado fue aprobado en sesión de Sala Plena de la CNSC celebrada el día 16 de enero de 2020.



FRIDOLE BALLÉN DUQUE
Presidente

Número de Orden	Texto Original	Análisis
1	*La Sala Plena de la CNSC, en sesión del 16 de enero de 2020, aprobó el Criterio Unificado USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019.* ***MARCO JURÍDICO*** *El uso de Listas de Elegibles se encuentra regulado por las siguientes disposiciones legales y reglamentarias:* *- Ley 909 de 2004* *- Decretos 1083 de 2015 y 648 de 2017* *- Ley 1960 de 2019* ***PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS*** *1. ¿Cuál es el régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas y en firme en los procesos de selección convocados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019?* *2. ¿Cuál es el régimen aplicable a las listas de elegibles que se conformen en los procesos de selección convocados con posterioridad a la entrada en vigencia de le Ley 1960 del 27 de junio de 2019?* ***RESPUESTA AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO:*** *El artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, modificó el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, previendo lo siguiente:* *"(…)* *"4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años.* ***Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad****. (Subrayado fuera del texto)*	Lo planteado en esta sección hace referencia al marco jurídico ya bien conocido por todos, lo más importante es que aquí se plantean dos problemas jurídicos, relacionados con el régimen aplicar según la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, en la RESPUESTA AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: ya se menciona la inclusión del numeral 4 dentro del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, todo esto completamente cierto y no es cuestionado El segundo (2) problema jurídico planteado por la CNSC no lo analizaré porque no aplica para el caso en concreto, debido a que se refiere a las convocatorias con procesos convocados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019

Número de Orden	Texto Original	Análisis
1	*La CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-, a través de la Circular Conjunta No. 20191000000117 de 29 de julio de 2019[2], numeral 6°, impartieron instrucciones sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019 a partir de su entrada en vigencia y en relación con los procesos de selecciona a los que aplica, así:* *"(...) El artículo 7° de la Ley 1960 de 2019, prevé: "(...) la presente ley rige a partir de su publicación (...)" hecho que acaeció con la publicación realizada en el Diario Oficial No. 50997 del 27 de junio de 2019.* *Conforte con las etapas definidas en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y el precedente jurisprudencial, los procesos de selección existen jurídicamente desde el momento en que son aprobados por la Sala Plena de la CNSC, como consecuencia del agotamiento de la etapa previa de planeación y coordinación interinstitucional.* *Los procesos aprobados en sesión de Comisión hasta antes del 27 de junio de 2019, podrán ser modificados, corregidos o aclarados en cualquiera de sus aspectos en los términos de la normatividad que se encontraba vigente antes de la expedición de la Ley 1960 de 2019.* *Con fundamento en lo antes citado, los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019 se regirán por el artículo 29 de la Ley 909 de 2004 vigente antes de su modificación.* *(…)"*	Desde este punto la CNSC ya comienza a apartarse de la aplicación del principio de retrospectividad de las normas, tema bien tratado por la Corte Constitucional: en su sentencia T-110/11: ***El fenómeno de la retrospectividad** de las normas de derecho se presenta, como ya se anticipó, cuando las mismas se aplican a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una norma anterior, **pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición**. **Este instrumento ha sido concebido por la jurisprudencia nacional como un límite a la retroactividad**, asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y a la superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del valor justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en nuestra sociedad. De las sentencias estudiadas se extrae, en conclusión, que (i) por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; (ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; (iii) **la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica** y; (iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en cuanto el propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados" (en negrita por fuera del original)*
		La jurisprudencia es muy clara en relación con la aplicación del fenómeno de la retrospectividad – Y la sentencia de la corte constitucional T-340 de 21 de agosto de 2020 lo explica perfectamente bien para Ley 1960 de 2019

Número de Orden	Texto Original	Análisis
2	*(El mismo Texto del anterior párrafo, del punto 2)* El tema de las "meras expectativas" lo trata muy bien la sentencia **T-340 de 21/08/2020**	Continuación del análisis del punto 2, podemos recordar la Sentencia C147-97: *Las **"meras expectativas",** se reducen a la simple posibilidad de alcanzar un derecho y que, por lo mismo, no son más que una intención o una esperanza de obtener un resultado jurídico concreto. **Por lo tanto, la ley nueva si puede regular ciertas situaciones o hechos jurídicos que aun cuando han acaecido o se originaron bajo la vigencia de una ley no tuvieron la virtud de obtener su consolidación de manera definitiva**, como un derecho, bajo la ley antigua. **No obstante, las expectativas pueden ser objeto de alguna consideración protectora por el legislador, con el fin de evitar que los cambios de legislación generen situaciones desiguales e inequitativas o de promover o de asegurar beneficios sociales para ciertos sectores de la población** o, en fin, para perseguir cualquier otro objetivo de interés público o social. Es así como la ley nueva puede tomar en cuenta hechos o situaciones sucedidos en vigencia de la ley antigua para efectos de que con arreglo a las disposiciones de aquélla puedan configurarse o consolidarse ciertos derechos (efecto retrospectivo). (negritas por fuera del texto original)*

Los declarados inconstitucionales **CRITERIOS UNIFICADOS** de la **CNSC** transgreden el principio de legalidad, el principio de favorabilidad, el principio de inescindibilidad de las normas y el principio del mérito para el acceso a cargos públicos, y ahora también la jurisprudencia constitucional establecida en la sentencia T-340 de 2020 (21/08/2020)

Número de Orden	Texto Original	Análisis
3	*Lo anterior, en concordancia con el Principio de Ultra actividad de la Ley, mismo que en la doctrina de la Corte Constitucional, Sentencia C-763 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería, fue enunciado en los términos que a continuación se exponen: "[…]* *Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación "Tempus regit actus, que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultra actividad de las normas, que son derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc. [...]"*	*(Continuación…)* *"Y el segundo, tuitivo del debido proceso en tanto "(...) nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...); advirtiendo que "(...) en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable." En el mismo sentido los artículos 338 y 363 superiores destacan por su rechazo a la retroactividad de la ley. (Subrayado por fuera del texto original)"* He subrayado lo anterior porque aquí se evidencia la aplicación del principio de favorabilidad como una excepción, continua la misma sentencia C-763 de 2002[1], en su parte considerativa: *(…) "La fórmula general que emana del artículo 58 de la Constitución para solucionar los anteriores conflictos, como se dijo, es la irretroactividad de la ley, pues ella garantiza que se respeten los derechos legítimamente adquiridos bajo la ley anterior, sin perjuicio de que se afecten las meras expectativas de derecho. **No obstante, la misma Carta fundamental en el mencionado artículo, autoriza expresamente la retroactividad de las leyes penales benignas al reo, o de aquellas que comprometen el interés público o social**. Ahora bien, cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua". **(Subrayado y negritas por fuera del texto original)** (…)* Por lo anteriormente citado y resaltado, podemos interpretar de forma clara que la carta fundamental autoriza expresamente la retroactividad de las leyes penales benignas al reo o de aquellas que comprometen el interés público o social. Y que la ley entra en vigencia cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley. Y en cuanto a las leyes de procedimientos explica más la Sentencia C-763: *(…) "**Dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata**. En efecto, todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. **Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso**. **Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia**, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme".* *Y todo esto, desde luego, siempre que se respete el principio de favorabilidad penal. (…)*

[1] https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-763-02.htm

Número de Orden	Texto Original	Análisis
(Continuación…) 4	*(El mismo texto del anterior párrafo del punto 5)*	Es necesario recordar también que La CNSC Y SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA al ser autoridades administrativas en el ejercicio de sus funciones y para la adopción de sus decisiones, deben acatar el precedente judicial dictado por la corte constitucional, ***7.2.1*** *En esta oportunidad, la Corte reitera nuevamente el mandato superior de sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y por ende al precedente judicial de las Altas Cortes, en desarrollo del Estado Social y Constitucional de Derecho –art.1 CP-; los fines esenciales del Estado–art.2-; la jerarquía superior de la Constitución –art.4-; la sujeción de las autoridades públicas a la Constitución -artículos 6º, 121 y 123 CP-; el debido proceso y principio de legalidad –art. 29 CP; el derecho a la igualdad –art. 13 CP-; la buena fe de las autoridades públicas –art. 83 CP-; los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; la fuerza vinculante del precedente judicial -artículo 230 superior-; y la fuerza vinculante de las decisiones de constitucionalidad -artículo 241 de la Carta Política-.* ***7.2.2*** *En desarrollo de estos preceptos constitucionales, la Sala reitera igualmente, las reglas jurisprudenciales expuestas en detalle en la parte motiva y considerativa de esta sentencia, que han sido fijadas y desarrolladas en múltiples pronunciamientos de esta Corporación, entre las más importantes las siguientes:* *(i) todas las autoridades públicas administrativas se encuentras sometidas al imperio de la Constitución y la ley, por expreso mandato constitucional, lo cual implica el necesario acatamiento del precedente judicial emanado de las Altas Cortes;* *(ii) el entendimiento del imperio de la ley, a la que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales, debe entenderse como referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales;* *(iii) todas las autoridades administrativas se encuentran obligadas a interpretar y aplicar las normas a los casos concretos de conformidad con la Constitución y la ley;* *(iv) todas las autoridades administrativas deben aplicar las normas legales en acatamiento del precedente judicial de las Altas Cortes o fundamentos jurídicos aplicados en casos análogos o similares, aplicación que en todo caso debe realizarse en consonancia con la Constitución, norma de normas, y punto de partida de toda aplicación de enunciados jurídicos a casos concretos;* *(v) el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta (a) en el respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa –art. 29, 121 y 122 Superiores-; (b) en el hecho que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la ley es fijado válida y legítimamente por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (c) en que las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (d) en que el desconocimiento del precedente y con ello del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos*

Número de Orden	Texto Original	Análisis
(Continuación…) 5	*(El mismo texto del anterior párrafo del punto 5)*	*(art. 6 y 90 C.P.); y (e) en que las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley –art. 13 C.P; (vi) si existe por tanto una interpretación judicial vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto similar o análogo dicha interpretación; ya que para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia, válido para los jueces;* *(vii) aún en aquellos asuntos o materias que eventualmente no hayan sido interpretados y definidos previamente por la jurisprudencia, o respecto de los cuales existan criterios jurisprudenciales disímiles, las autoridades administrativas no gozan de un margen de apreciación absoluto, por cuanto se encuentran obligados a interpretar y aplicar las normas al caso en concreto de manera acorde y ajustada a la Constitución y a la ley, y ello de conformidad con el precedente judicial existente de las altas Cortes;* *(viii) en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde, prioritariamente, al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia;* *(ix) en caso de existencia de diversos criterios jurisprudenciales sobre una misma materia, corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas, evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales aplicables para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, y optar por la decisión que, de mejor manera interprete el imperio de la Constitución y de la ley, para el caso concreto;* *(x) los fallos de la Corte Constitucional tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, en su parte resolutiva (erga ommes en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e inter partes para los fallos de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la ratio decidendi tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas;* *(xi) el desconocimiento del precedente judicial de las Altas Cortes por parte de las autoridades administrativas, especialmente de la jurisprudencia constitucional, implica la afectación de derechos fundamentales, y por tanto una vulneración directa de la Constitución o de la ley, de manera que puede dar lugar a (i) responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria por parte de las autoridades administrativas, (ii) la interposición de acciones judiciales, entre ellas de la acción de tutela contra actuaciones administrativas o providencias judiciales.* *Con fundamento en todo lo anterior, la Sala ratifica la obligación de todas las entidades públicas y autoridades administrativas de aplicar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes, tanto en la jurisdicción ordinaria por la Corte Suprema de Justicia, como en la jurisdicción contenciosa administrativa por el Consejo de Estado, y en la jurisdicción constitucional por la Corte Constitucional, a partir de las normas constitucionales y reglas jurisprudenciales que fueron analizadas en detalle en la parte considerativa de esta sentencia y que se sistematizan en este apartado."*

Número de Orden	Texto Original	Análisis
(Continuación…) 5	*(El mismo texto del anterior párrafo del punto 5)*	Y he querido traer a relación la anterior sentencia de la corte constitucional, debido a que precisamente la CNSC y SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA están desconociendo el principio de favorabilidad, principio constitucional que ya tiene amplia jurisprudencia, y al ser de esta forma las dos entidades aquí accionadas tienen la obligación de cumplir con la constitución y "el precedente judicial de las altas cortes, en el desarrollo del Estado Social y Constitucional de Derecho"[2]. *Se precisa que la Ley 1960 de 2019, tiene vigencia y es aplicable a partir de su publicación, esto es a partir del 27 de junio de 2019.* *Por consiguiente, si la Convocatoria a que hace referencia su consulta, aunque haya terminado con resultados de lista de elegibles antes o después de entrar en vigencia la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, modificatoria de la Ley 909 de 2004, no le será aplicable la modificación introducida, es decir, dicha lista de elegibles solamente será utilizada para proveer los cargos ofertados en Convocatoria 426 de 2016."* *Claramente va en contra de lo indicado en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, como ya fue detalladamente analizado en este escrito.* **Con la no aplicación del artículo 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, la Gobernación de Santander y la CNSC están vulnerando mis derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de Colombia y la jurisprudencia establecida por la corte constitucional en su sentencia T-340 de 21/08/2020**

[2] Sentencia C-539-11

Número de Orden	Texto Original	Análisis
(Continuación…) 5	*Lo anterior, en concordancia con el Principio de Ultra actividad de la Ley, mismo que en la doctrina de la Corte Constitucional, Sentencia C-763 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería, fue enunciado en los términos que a continuación se exponen:* *"[...]* *Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación "Tempus regit actus, que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultra actividad de las normas, que son derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc. [...]"* *En virtud de los apartes jurisprudenciales en cita y teniendo en cuenta que el concurso está integrado por diferentes actos administrativos iniciando con el de convocatoria al proceso de selección y culminando con el de evaluación del período de prueba, se concluye que las convocatorias para proveervacantes definitivas de empleos de carrera, iniciadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, deberán agotar el procedimiento conforme a las reglas previamente establecidas en la convocatoria y en las normas que le sirvieron de sustento, con el fin de garantizar seguridad jurídica a las entidades y a los aspirantes.* *Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.* *De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos"; entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC* .	El problema que tiene esta parte del CRITERIO UNIFICADO del 16 de enero de 2020 es que está en abierta contradicción de la sentencia de la Honorable Corte Constitucional T-340 (21/08/2020) pues la sentencia lo estableció muy claramente en su ratio decidendi, la aplicación de la Ley 1960 de 2019 es con efecto retrospectivo y no ultractivo, y que esto aplica para las personas que ocuparon segundos lugares, no puede olvidarse que el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, incluye mismos empleos y empleos equivalentes

El artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 dice: ***"Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad"***, es decir los cargos equivalentes a pesar de aparecer con posterioridad deben cubrirse con las listas de elegibles, a pesar que la Ley 1960 de 2019 se haya expedido posteriormente a la convocatoria de la que hablamos en esta acción de tutela, cuando mi lista de elegibles estaba vigente se me consolidó el derecho a ser nombrada por la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019 y del decreto 498 de 2020

4.3. Sobre la procedibilidad de la presente acción de tutela

Como aspectos preliminares sobre la procedibilidad de la presente acción de tutela, me permito presentar lo siguiente:

4.3.1. Sobre la legitimación por activa.

Conforme con lo contemplado en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela solo puede ser ejercida por la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales. Esta puede actuar (i) por si misma (ii) a través de representante legal, (iii) apoderado judicial (iv) mediante la figura de la agencia oficiosa, cuando el titular de los derechos no está en condiciones de promover la acción constitucional, o (y) a través del Defensor del Pueblo o personero municipal. Para el caso que nos ocupa, estoy actuando en nombre propio en contra de la entidad accionada, en pro de la defensa de mis derechos e intereses. En consecuencia, me encuentro plenamente legitimada para interponer la presente Acción Constitucional.

4.3.2. Sobre la Legitimación por pasiva.

A este respecto, dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la Acción de Tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental eh el evento en que se acredite la misma en el proceso.

Según los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991, la tutela precede contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, contra particulares. Al respecto, cabe indicar que la acción amparo es procedente contra personas naturales o jurídicas de naturaleza privada en varios casos, entre las cuales se encuentran las situaciones de subordinación o de indefensión, los agentes encargados de la prestación de servicios públicos, los medios de comunicación, entre otros. En el asunto que se presenta, se dirige contra de las entidades de derecho público: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA y CNSC por lo que contra esta procede la tutela.

4.1.3. Sobre la procedibilidad de la acción de tutela y la afectación a derechos fundamentales tras concurso de méritos.

Acudo a la acción constitucional de tutela directamente para ser el mecanismo idóneo para la protección de mis derechos fundamentales, pero sobre todo porque es el único eficaz, ya

no solo por la onerosidad de la acción de nulidad con restablecimiento del derecho, sine también porque es imperioso evitar el vencimiento de la Lista de Elegibles de la OPEC 60605, cuya vigencia es de dos años contados y que está próxima a vencer, lo cual implica que, como consecuencia de la negativa del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA para adelantar los trámites dispuestos en la Ley para dotar los empleos en vacancia con funcionarios nombrados en Carrera Administrativa a pesar de las múltiples solicitudes presentadas, estamos ante un caso claro de **perjuicio irremediable.**

La Corte Constitucional Colombiana ha señalado en repetidas ocasiones en su acervo jurisprudencial que la Acción de Tutela debe ser utilizada como un medio residual y subsidiario, al que recurrir en situaciones de vulneración o amenaza de Derechos Fundamentales que pueden derivar en un **perjuicio irremediable.** Además, ha insistido en que solo se puede acudir a la Acción de Tutela cuando no existe otro medio idóneo para proteger los Derechos en situación de amenaza o vulneración mencionados.

A continuación, se expone una línea jurisprudencial, ya realizada y analizada en otros procesos de raigambre constitucional, de lo expuesto par las salas de revisión de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado en lo que respecta a los concursos de mérito y la posible vulneración de derechos fundamentales que emana de las situaciones provocadas por los mismos. Por ejemplo, la Corte Constitucional ha realizado múltiples pronunciamientos defendiendo la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y lo ha hecho argumentando que la Jurisdicción de lo Contencioso- Administrativa, por su onerosidad en tiempo y recursos, no ofrece herramientas eficaces y expeditas ni la solidez necesaria para proteger los derechos fundamentales de la igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos tras concurso de mérito.

Considera la Corte Constitucional que, ¡cuando el inciso tercero de! artículo 86 de la carta política se refiere a que **"el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial..."**, como presupuesto indispensable para entablar la acción de tutela, d**ebe entenderse que ese medio tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violentado o se proteja de su amenaza**, es decir, tiene que existir una

relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho.

Dicho de otra manera, **el medio debe ser idóneo** para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho. De no ser así, mal puede hablarse de medio de defensa. En consecuencia, aun lográndose per otras vías judiciales efectos de carácter puramente formal, sin concreción objetiva, cabe la acción de tutela para alcanzar que el derecho deje de ser simplemente una utopía[1]. Como se argumenta, la Corte Constitucional se ha pronunciado en repetidas ocasiones en la anterior dirección. Un ejemplo de larga data es la Sentencia T-315 de 1998, en la que la Corte Constitucional refirió:

> *".... la Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que* ***la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional****. En segundo lugar, procede la tutela cuando,* ***por las circunstancias excepcionales del caso concreto****, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo,* ***podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción****.*
>
> *Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben set, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional ... ". (negrillas propias)*

[1] Corte constitucional. Sala Tercera de Revisión. Fallo de mayo 11 de 1992, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo

Con posterioridad, en el fallo con radicado SU-133 de 1998, la Corte Constitucional señaló que existen circunstancias en las que los medios ordinarios no son los idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en **concursos de mérito,** destacando que:

> *" ... así las cosas, esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que* ***supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata…*** *" (negrillas propias)*

Y en la misma dirección se pronunció en las Sentencias T-425 de 2001 y SU-613 de 2002, en las que afirmó:

> *"... en un sin número de ocasiones esta colegiatura ha sostenido* ***que procede la tutela para enervar los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos.***
>
> *"... existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela* es **el *mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad*** *con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no solo los derechos* a *la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso* a *los cargos públicos,* ***y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución****. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso.* ***Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor****, quien* a *pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se* verí a *incluso imposibilitado para acudir* a *los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos … "* (negrillas propias)

Posteriormente, en su Sentencia SU-913 de 2009, consideró:

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

Siguiendo nuestra línea temporal, encontramos la Sentencia T-606 de 2010 en la que se indicó en el estudio de la procedibilidad de la tutela que:

> *"... en el caso de los concursos de méritos, se ha establecido que las acciones ordinarias como es* ***la acción de nulidad y Restablecimiento del derecho dilatan la obtención de los fines que persiguen.***
>
> *Así mismo, esas acciones no poseen, por la forma como están estructurados los procesos****, la capacidad de brindar una solución integral para la violación de los derechos del accionante, razón por la cual, la tutela es el mecanismo idóneo para la protección inmediata y definitiva a los derechos al debido proceso, al trabajo ya la igualdad del concursante ...*** *" (negrillas propias)*

Como conclusión preliminar, la Corte Constitucional apostilló que, aunque puedan existir otros mecanismos judiciales, para que sea exigible acudir a ellos, estos **deben tener la entidad y capacidad de excluir a la acción de tutela como mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales** en referencia a concursos de mérito. Y se refirió en tal sentido argumentando que, en caso de no ser posible lo anterior, es evidente **que acudir a un proceso ordinario o contencioso-administrativo supondría una carga excesiva** que significaría, de por sí, una

vulneración a unos derechos fundamentales que, por su naturaleza, requieren siempre de una atención inmediata y eficaz.

Veamos como la anterior tesis ha tenido impacto en las demás Altas Cortes. El Consejo de Estado a través del fallo de tutela número 25000-23-15-000-2010-00386-01 en segunda instancia afirmó que la acción de tutela puede desplazar las acciones ordinarias[2] cuando de concursos de mérito y posterior nombramiento se tratase, por constituir el único medio protector de derechos constitucionales. Se traslitera lo siguiente:

> *"... 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. **al Juez de Tutela ASUME competencia plena y directa**, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, al considerar que el recurso de amparo **puede "desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto", en** aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos.*
>
> *Considera la **Sala, 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 extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata**.*
>
> *Por tal razón la jurisprudencia ha expresado que, para excluir a la tutela en esos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que **no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previo en el ordenamiento legal que no garantice la***

[2] Ver Consejo de Estado, sección segunda, Sentencia 15001-23- 3 3- 000-2013-00563-02 C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

supremacía de la Constitución en el caso particular.
Estima entonces la Sala, que la acción de tutela del medio judicial idóneo para dar solución al problema planteado por el autor ... " (negrillas propias)

En otro caso en particular, el Consejo de Estado en reiteración de la jurisprudencia constitucional expuso que:

"... respecto a la procedencia de la acción constitucional frente a concurso de méritos, la Corte Constitucional ha explicado que el amparo por vía de tutela no es absoluto, sino que mérito restringido aquellos eventos relacionados con el rechazo del mérito como criterio relevante para acceder a los cargos, en detrimento de principios de objetividad y buen servicio que en muchas ***ocasiones se refleja con el desconocimiento de las listas de elegibles para proveer vacantes en la administración pública. Ante la arbitrariedad, la tutela se constituye como el único medio idóneo para garantizar la protección de los derechos de quien ha resultado lesionado con una conducta de tal entidad*** *... " (negrillas propias)*

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia sostiene una firme tesis sobre la procedencia de la acción de tutela en el caso de nombramiento de los que están en lista de elegibles. En concreto, en Sentencia STC 20877·2017 radicado 76001-22-03-000-2017-00521-02 del 12 de diciembre de 2017[3], afirmó lo siguiente:

"... aunque línea de principio, esta Sala ha sostenido insistentemente que los ataques contra las manifestaciones de voluntad de la administración debe dirigirse a través de los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sí que le está permitido al Juez Constitucional inmiscuirse en tal vez fuera de competencia, la Corle Constitucional ha hecho excepciones a dicha regla, y ha manifestado que ***"en lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de mérito», esta corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesar***

[3] M.P. Margarita Cabello Blanco.

Administrativo para controvertirlas en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato judicial, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo, *la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales****"[4].*** (negrillas propias)

La anterior tesis fue también sostenida por la Corte Suprema de Justicia en las siguientes Sentencias de tutela: (i) STC 10355-2018 radicado 11001-22-03-000-2018-01217-01 del 10 de agosto del 2018, y (ir) STC 2353-2018 radicado 52001-22-13-000-2017-00306-01 del 21 de febrero del 2018[5] Las mismas son, como se viene diciendo, reiteración de jurisprudencia constitucional. En ellas se utiliza la misma argumentación ya realizada en tanto que se declaró que:

"... tratándose de los procesos de selección de entidades públicas que se realizan mediante ***concurso de méritos****, la jurisprudencia constitucional ha hecho énfasis en que de manera excepcional* ***procede la acción de Amparo si se constata la violación de derechos fundamentales****; sin embargo, en tal evento,* ***si los medias ordinarios de defensa previstos en la ley tienen la capacidad de ofrecer una solución integral al menoscabo, pero no con la prontitud que requiere el asunto, tela procederá como mecanismo transitorio hasta que sea resuelto el instrumento del derecho común; en cambio, si los mecanismos existentes en el ordenamiento positivo no están en posibilidad cierta de predial de forma total la vulneración, la protección constitucional debe conseguirse de manera definitiva*** *... "* (negrillas propias)

[4] Ver también Corte Constitucional. Sentencia T-180 de 16 de abril de 2015.

[5] Ambas proferidas por el M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Como se muestra, es reiterado por parte de las Altas Cortes que las consideraciones sobre la ineficacia de las vías ordinarias para la protección de los derechos de los que integran la lista de elegibles que no son designados en el cargo pueden y deben ser solventadas vía Acción de Tutela.

Y esta situación permite concluir que, según la jurisprudencia constitucional, la **acción de tutela** es un **instrumento judicial eficaz e idóneo al que puede acudir una persona que necesite controvertir asuntos relacionados con la provisión de cargos de carrera administrativa de conformidad con los resultados recogidos en las Listas de Elegibles** publicadas con razón de concursos de mérito, y lo es porque esta acción de amparo constitucional no solo tiene como objetivo la garantía de los derechos a la igualdad, Mérito o Debido Proceso, **sino porque exige, en añadidura, la debida aplicación del artículo 125[6] de la Constitución Política y su desarrollo normativo.**
Por lo tanto, la vía para garantizar la defensa de mis derechos fundamentales vulnerados a la igualdad, el interés superior de los niños, al mérito y al debido proceso, así mismo, coma a los principales de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica, y evitar el perjuicio irremediable anotado y desarrollado con precedencia en el presente caso, es la Acción de Tutela ya que, de acudir a las acciones contencioso-administrativas, se estaría imposibilitando el logro de la protección de los derechos fundamentales en términos de celeridad, eficiencia, eficacia y economía.

[6] Constitución de 1991, Articulo 125: " ... 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 mismas; se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos) 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. PARAGRAFO. Los periodos 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 periodo para el cual este fue elegido ... "

ANEXO – C - FALLOS DE SEGUNDA INSTANCIA A FAVOR DE LA APLICACIÓN RETROSPECTIVA DE LA LEY 1960 DE 2019, CON INAPLICACIÓN TÁCITA O EXPLICITA DEL CRITERIO UNIFICADO CNSC EXPEDIDO EL 16 DE ENERO DE 2020 (EJEMPLO EN ENTIDADES CONTROLADAS POR LA CNSC)

1. **Radicado**: 15001-33-33-012-2020-00007-01, **Tribunal Administrativo de Boyacá**, Accionante: Fabián Orlando Orjuela Ramírez; **Magistrada Ponente**: Clara Elisa Cifuentes Ortiz proferido el 12 de marzo de 2020, fallo de segunda instancia: Accionadas: **CNSC – ICBF.**

2. **Radicado**: 11001-33-42-055-2020-00079-00, **Tribunal Administrativo De Cundinamarca - Sección Primera - Subsección "A",** Accionante: Manuel Fernando Duran Gutiérrez; proferido el 16 de junio de 2020; **Magistrado Ponente**: Luis Manuel Lasso Lozano; fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC – ICBF**

3. **Radicado**: 17174310400120200000901, **Tribunal Superior - Penal – Manizales"**, Accionante: Eleonora Maya Ospina; **Magistrado Ponente**: Antonio María Toro Ruiz proferido el 17 de abril de 2020, fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC – ICBF**

4. **Radicado**: 73001-33-33-005-2020-00058-01, **Tribunal Administrativo Del Tolima**, Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán; **Magistrado Ponente**: José Andrés Rojas Villa; proferido el 14 de abril de 2020, fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC – ICBF**

5. **Radicado**: 19-001-31-05-002-2020-00072-01, **Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Popayán Sala Laboral**, Accionante: Ángela Cecilia Astudillo Montenegro; **Magistrado Ponente:** Leónidas Rodríguez Cortés; proferido el 09 de junio de dos mil veinte (2020), fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC – ICBF.**

6. **Radicado**: 54-518-31-12-002-2020-00033-01, **Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Pamplona Sala Única De Decisión** Accionante: Luz Mary Díaz García; **Magistrado Ponente**: Nelson Omar Meléndez Granados; proferido el 30 de junio de dos mil veinte (2020), fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC – ICBF.**

7. **Radicado**: 15238-31-04-002-2020-00002-01, **Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Santa Rosa De Viterbo** Accionante: Luis Orlando Buitrago Sánchez; **Magistrado Ponente**: Eurípides Montoya Sepúlveda; proferido el 25 de junio de dos mil veinte (2020), fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC – ICBF**

8. **Radicado**: 76147-33-33-001-2020-00065-00, **Tribunal Administrativo Del Valle Del Cauca** Accionante: Luisa María Flórez Valencia; **Magistrado Ponente**: Omar Edgar Borja Soto; proferido el 30 de abril de 2020; fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC - ICBF**

9. **Radicado**: 680013333001-2020-00079-01, **Tribunal Administrativo De Santander** Accionante: MARTHA LUCIA PERICO RICO; **Magistrada Ponente**: Claudia Patricia Peñuela Arce; proferido el 10 de junio de 2020; fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC – ICBF**

10. **Radicado**: 52-001-33-33-007-2020-00041, **Tribunal Administrativo De Nariño** Accionante: ANDRES MAURICIO JARAMILLO VALLEJO; **Magistrada Ponente**: PAULO LEÓN ESPAÑA PANTOJA; proferido el veinticuatro (24) de junio de dos mil veinte (2020); fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC – ICBF**

11. **Radicado**: 23-001-31-05-001-2020-00028-00, **Tribunal Superior De Montería**, Accionante: Oscar Eduardo Sánchez Rodríguez; proferido el junio 1º de 2020; **Magistrado Ponente**: Cruz Antonio Yánez Arrieta; Fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC – ICBF**

ANEXO – C - FALLOS DE SEGUNDA INSTANCIA A FAVOR DE LA APLICACIÓN RETROSPECTIVA DE LA LEY 1960 DE 2019, CON INAPLICACIÓN TÁCITA O EXPLICITA DEL CRITERIO UNIFICADO CNSC EXPEDIDO EL 16 DE ENERO DE 2020 (EJEMPLO EN ENTIDADES CONTROLADAS POR LA CNSC)

12. **Radicado**: 760013105 006 2020 00149 02, Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Cali Sala Cuarta De Decisión Laboral, Accionante: Carmenza Mesa Muñoz; **Magistrada Ponente**: Mónica Teresa Hidalgo Oviedo; proferido el junio 23 de 2020; Fallo de segunda instancia

13. **Radicado**: 680013333011-2020-00070-00, **Tribunal administrativo de Santander**, Accionante: Ángela Patricia Caicedo Lara; **Magistrado Ponente**: Rafael Gutiérrez Solano; proferido el mayo 19 de 2020; Fallo de segunda instancia

14. **Radicado**: 76001333300720200006000, Tribunal Contencioso Administrativo Risaralda Juliana Muñoz Jiménez; Fallo de segunda instancia

15. **Radicado**: 76834310300120200005201, **Tribunal Superior - Civil - Familia - Buga**, Accionante: Alejandra García Serna; **Magistrado Ponente**: María Patricia Balanta Medina; proferido el junio 6 de 2020; Fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC – ICBF**

16. **Radicado**: 19001-3185-002-2020-00024-00, **Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Popayán**, Accionante: Olga Lucia Chavarría Arboleda **Magistrada Ponente**: María Consuelo Córdoba Muñoz; proferido el junio 23 de 2020; Fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC - ICBF**
17. **Radicado**: 54001333300220200009800, **Tribunal Superior Administrativo Cúcuta**, Accionante: Jesús Armando Osorio; proferido el julio 30 de 2020; Fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC - ICBF**

18. **Radicado**: 19001311000220200011001, T**ribunal Superior Del Distrito Judicial De Popayán Sala Civil Familia**, Accionante: Eliud Velasco Gómez; Magistrado Ponente: Manuel Antonio Burbano Goyes; proferido el 6 de agosto de 2020; Fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC - ICBF**

19. **Radicado**: 11001334205520200013001, **Tribunal Administrativo De Cundinamarca - Sección Primera - Subsección "A",** Accionante: Luz Helena Arévalo Rodríguez; proferido el 4 de septiembre de 2020; **Magistrado Ponente**: Alfonso Sarmiento Castro; fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC - ICBF**

20. **Radicado:** 05001 33 33 031 2020 00152 01 acumulado con el proceso 05001 33 33 031 2020 00054 01; **Tribunal Administrativo De Antioquia Sala Quinta – Mixta** accionantes: Gustavo Adolfo Pineda y Wilson Bastos Delgado, sentencia proferida el quince (15) de septiembre de dos mil veinte (2020), fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC - SENA**

21. **Radicado:** 05001 33 33 031 2020 00152 01 Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Pamplona Sala Única De Decisión Accionante: **Martha Cecilia Luque Villareal**; Magistrado Ponente: Nelson Omar Meléndez Granados; proferido el 18 de septiembre dos mil veinte (2020), fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC - ICBF**

22. **Número:** 2020-00178—01 (193) Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Pasto Sala de decisión laboral; Accionante: **Luz Helena Martínez Recalde**; Magistrado Ponente: **Juan Carlos Muñoz**; proferido el 16 de septiembre dos mil veinte (2020), fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC - ICBF**

23. **Radicado:** 08-001-31-5-007-2020-00141-01(000) Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Barranquilla Sala Uno De Decisión Laboral; Accionante: **Martha Helena Navarro Pizaro**; Magistrado Ponente: Claudia María Fandiño de Muñiz; proferido el 07 de octubre de dos mil veinte (2020), fallo de segunda instancia.

ANEXO – C - FALLOS DE SEGUNDA INSTANCIA A FAVOR DE LA APLICACIÓN RETROSPECTIVA DE LA LEY 1960 DE 2019, CON INAPLICACIÓN TÁCITA O EXPLICITA DEL CRITERIO UNIFICADO CNSC EXPEDIDO EL 16 DE ENERO DE 2020 (EJEMPLO EN ENTIDADES CONTROLADAS POR LA CNSC)

24. **Radicado:** 05001310902720200004502 DESPACHO 000 - Tribunal Superior - Penal - Medellín; Accionante: **Diana Patricia Gómez Madrigal**; Magistrado Ponente: Santiago Apraez Villota; proferido el Fecha: 24 de Julio de 2020, fallo de segunda instancia.

25. **Radicado:** 76001-33-33-008-2020-00117-01 Tribunal Contencioso Administrativo Del Valle Del Cauca Sin Sección Oral; Accionante: **Yoriana Astrid Peña Parra Y Ángela Marcela Rivera Espinosa**; Magistrado Ponente: Zoranny Castillo Otalora; proferido el Fecha: 17 septiembre de 2020, fallo de segunda instancia.; Accionadas: **CNSC - ICBF**

26. **Radicado:** 680013333007-2020-00114-01; Tribunal Administrativo De Santander; Accionante: **Estefanía López Espinosa**; Magistrada Ponente: Solange Blanco Villamizar; proferido el Fecha: trece (13) de Octubre de dos mil veinte (2020), fallo de segunda instancia.; Accionadas: **CNSC - SENA**
27. **Radicado**: 68001310500220200020401; Tribunal Superior De Bucaramanga Secretaría De La Sala Laboral; Accionante: **Wilson Sierra Pabón**; Magistrada ponente: Susana Ayala Colmenares; proferida el veintitrés (23) de septiembre de dos mil veinte (2020); fallo de segunda instancia

28. **Radicado:** 15238 3333 003 2020 00081 01; Tribunal Administrativo De Boyacá - Sala De Decisión No. 6; Accionante: **Leidy Alexandra Infante Camargo**; Magistrada Ponente: FÉLIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS; proferido el Fecha: doce (12) de noviembre de dos mil veinte (2020), fallo de segunda instancia.; Accionadas: **CNSC – SENA**

29. **Radicado:** 05001 33 33 019 2020 00221 - 01; TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA; Accionante: **Hernando Andrés Sánchez Castaño**; Magistrado Ponente: Álvaro Cruz Riaño; proferido el Fecha: dieciocho (18) de noviembre de dos mil veinte (2020).

30. **Radicado:** 15001-33-33-010-2020-00106-01; TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ - Sala de Decisión No 3; Accionante: **Martha Beatriz Vásquez Ladino – Eddy Peñaranda Pedraza**; Magistrada Ponente: **Clara Elisa Cifuentes Ortiz**; proferido el Fecha: octubre veintitrés (23) de dos mil veinte (2020); Accionadas: **CNSC - ICBF**

31. **Radicado:** 08001315301320200004200; Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla; Accionante: **Daphne Stefany Pulagar López**; Magistrada Ponente: **Sonia Esther Rodríguez Noriega**; proferido el Fecha: Barranquilla, trece (13) de noviembre de dos mil veinte (2020)

32. **Radicado:** 680013333007-2020-00144-01; Tribunal Administrativo De Santander; Accionante: **Diana Milena Mejía Cabeza**; Magistrada Ponente: **Solange Blanco Villamizar**; proferido el Fecha: Bucaramanga, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veinte (2020)

33. **Radicado:** 110013336031-2020-00224-01; Tribunal Administrativo De Cundinamarca Sección Segunda - Subsección E; Accionante: **Nancy Yamile Rodríguez Suárez**; Magistrada Ponente: **Patricia Victoria Manjarrés Bravo**; proferido en Bogotá D.C., Fecha: primero (1) de diciembre de dos mil veinte (2020)

34. **Radicado:** 17653310400120200003201; Tribunal Superior del Manizales - Sala de Decisión Penal; Accionante: **Héctor Alberto Arango Hernández**; Magistrado Ponente: **Antonio María Toro Ruiz**; proferido en Manizales, Fecha: primero (26) de octubre de dos mil veinte (2020)

35. **Radicado:** 13001-31-05-008-2020-00205-01; Distrito Judicial De Cartagena Tribunal Superior Sala Segunda De Decisión Sala Laboral; Accionante: **Juan Carlos Romero Bohórquez**; Magistrada Ponente: **Carlos**

Francisco García Salas; proferido en Manizales, Fecha: Tres (03) de diciembre de dos mil veinte (2020); Accionadas: **CNSC – SENA**

36. **Radicado** 05001310902720200004502 Despacho 000 - Tribunal Superior - Penal - Medellín, Accionante: **Diana Patricia Gómez Madriga**l; Magistrado Ponente: **Santiago Apraez Villota**; proferido en Medellín Fecha: 24 de Julio de 2020:
37. **Radicado** 25286-31-03-001-2020-00423-01 Despacho 000 - Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Cundinamarca - Sala Civil - FAMILIA, Accionante: **Yuly Andrea Figueroa Rondón**; Magistrado Ponente: **Pablo Ignacio Villate Monroy**; proferido en Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil veinte (2020)

38. **Radicado** 680813333013-2020-00213-01 - Tribunal Administrativo De Santander, Accionante: **Carmen Alicia Zambrano Navarro**; Magistrado Ponente: **Julio Edisson Ramos Salazar**; proferido en Bucaramanga, once (11) de diciembre del dos mil veinte (2020)

39. **Radicado** 11001-31-09-018-2020-00143, Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá Sala Penal, Accionante: **Henry Franco Londoño**; Magistrado Ponente: **Leonel Rogeles Moreno**; proferido en Bogotá, D.C., Once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

40. **Radicado** 110013109056202000146 01 [5.050], Tribunal Superior De Bogotá Sala Penal, Accionante: **David Londoño González**; Magistrado Ponente: **John Jairo Ortiz Álzate**; proferido en Bogotá, D.C., diciembre cuatro (04) de dos mil veinte (2020).

41. **Radicado** 110013103 014 2020 00285 01, Tribunal Superior De Bogotá Sala Civil de Decisión Especializada en Restitución de Tierras, Accionante: **Damaris Gómez Díaz**; Magistrado Ponente: **Jorge Eliécer Moya Vargas**; proferido en Bogotá, D.C., veintiuno (21) de enero de dos mil veintiuno (2021)

42. **Radicado** 1100131090472020-00149-01, Tribunal Superior De Bogotá, D. C. Sala De Decisión Penal Accionante: **Elizabeth Lopera León**; Magistrado Ponente: **Jorge Enrique Vallejo Jaramillo**; proferido en Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil veinte (2020)

43. **Radicado** 11001-33-35-014-2020-00338-01, Tribunal Administrativo De Cundinamarca - Sección Primera - Accionante: **Katty Lorena Turizo Moreno**; Magistrado Ponente: **Claudia Elizabeth Lozzi Moreno**; proferido en Bogotá D.C., veinte (20) de enero de dos mil veintiuno (2021)

44. **Radicado** 11001-33-37-039-2020-00255-01, Tribunal Administrativo De Cundinamarca Sección Segunda - SUBSECCIÓN "C"-Accionante: **Manuel Ernesto Rubiano Cepeda**; Magistrado Ponente: **Samuel José Ramírez Poveda**; proferido en Bogotá D.C., primero (1°) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

45. **Radicado** 05001-31-05-013-2020-00402-02, Tribunal Superior De Medellín Sala Sexta De Decisión Laboral, Accionante: **ELIZABETH BARRERA BELLO**; Magistrado Ponente: **Diego Fernando Salas Rondón**; proferido en Medellín, febrero doce (12) de dos mil veintiuno (2021))

46. **Radicado** 05001-31-09-007-2020-00097, Tribunal Superior - Penal - Medellín, Accionante: **Liliana María Londoño Marín**; Magistrado Ponente: **Miguel Humberto Jaime Contreras**; proferido en Medellín, primero de febrero de dos mil veintiuno

47. **Radicado** 54001312100220210000601, Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Cúcuta - Sala Civil Especializada En Restitución De Tierras, Accionante: **Patricia Jacqueline Niño Ramírez**; Magistrado

Ponente: **Benjamín de J. Yepes Puerta**; proferido en San José de Cúcuta, veintiséis de febrero del dos mil veintiuno.

48. **Radicado** 70001-33-33-005-2020-00160-02, Tribunal Administrativo De Sucre -Sala Tercera De Decisión Oral, Accionante: **Diana Margarita Hernández Coronado**; Magistrado Ponente: **Andrés Medina Pineda;** proferido en Sincelejo, 8 de febrero de dos mil veintiuno (2021)

49. **Radicado** 007-2021-00046-01 (2631), Tribunal Superior del Valle del Cauca– Sala Civil, Accionante: **John Janier Villada Hernández**; Magistrado Ponente: **Jorge Jaramillo Villarreal;** proferido en Cali, abril quince (15) de dos mil veintiuno (2021))

50. **Radicado** 05001-31-09-015-2020-00133, Tribunal Superior - Penal – Medellín; Sentencia segunda instancia; Accionante: Jorge Hernán Vélez Gallego, Accionadas: CNSC y SENA, , M. Ponente: **Miguel Humberto Jaime Contreras,** Aprobado por Acta No. 073, Medellín, veintitrés de junio de dos mil veintiuno

51. **Radicado** 05001 31 87 002 2020-00152, Tribunal Superior - Penal – Medellín; Segunda instancia; Accionantes: Carlos Alberto Mena Rojas, Accionado: SENA y otros, Decisión: Magistrada Ponente: **Martha Alexandra Vega Roberto.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL
Sala Tercera de Revisión

Sentencia T-340 de 2020

Referencia: Expediente T-7.650.952

Asunto: Acción de tutela instaurada por el señor José Fernando Ángel Porras contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil

Magistrado Ponente:
Luis Guillermo Guerrero Pérez

Bogotá DC, veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 y subsiguientes del Decreto 2591 de 1991, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de San Gil y por el Tribunal Administrativo de Santander, correspondientes al trámite de la acción de amparo constitucional promovida por el señor José Fernando Ángel Porras contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil.

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos relevantes

1.1.1. El señor José Fernando Ángel Porras afirma que participó en la Convocatoria 433 de 2016, realizada por la Comisión Nacional del Servicio

Civil (en adelante CNSC) para proveer dos empleos vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF), denominados Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, regional Santander, identificados con la OPEC 34782[1]. Así mismo, indica que la Universidad de Medellín, encargada de diseñar y practicar las etapas del concurso de méritos, le asignó un puntaje general de 73.62, con lo cual ocupó el tercer lugar.

1.1.2. Sostiene que, luego de que se surtieran todas las etapas del referido concurso, la CNSC, mediante Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, publicada el día 23 del mismo mes y año, adoptó la lista de elegibles ocupando el tercer lugar. Refiere que en el artículo 4 del mencionado acto administrativo se advirtió que, una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidaría una lista general, en estricto orden de mérito, para proveer las vacantes que no se pudieran cubrir con la lista territorial y, asimismo, dispuso que esa lista de elegibles sería utilizada *"para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados"*[2].

1.1.3. Afirma que, haciendo uso de la lista de elegibles, el 17 de agosto de 2018, el ICBF nombró y posesionó a las personas que ocuparon los dos primeros lugares en los empleos vacantes.

1.1.4. Señala que, según consta en el expediente, en el centro zonal San Gil hay tres empleos con denominación de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, pero, asegura, al momento de la convocatoria una de ellas estaba ocupada en propiedad y por esto no fue ofertada. Sin embargo, este cargo, con posterioridad al concurso, quedó en vacancia definitiva por renuncia de su titular. Con fundamento en la anterior situación, en Resolución No. 910 del 21 de enero de 2019, el Secretario General del ICBF decidió encargar a la señora Yaneth Benítez Vásquez en el empleo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, que estaba en vacancia definitiva en el centro zonal de San Gil.

1.1.5. El accionante relata que el 12 de febrero de 2019 solicitó al ICBF agotar la lista de elegibles que había sido adoptada en la Resolución del 18 de julio de 2018 y, en consecuencia, lo nombrara en período de prueba en la vacante definitiva que, para ese momento, estaba provista mediante encargo.

1.1.6. La anterior solicitud fue resuelta por el Director de Gestión Humana de la entidad el 28 de febrero del año en cita, en el sentido de indicarle que, en la Convocatoria 433 de 2016 para la OPEC 34782, solo se ofertaron dos vacantes y estas fueron provistas en el orden establecido en la lista de elegibles. Por lo demás, le informó al actor que el 22 de noviembre de 2018, en la Resolución No. 20182230156785, la Comisión Nacional del Servicio Civil revocó el artículo 4 de la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, por

[1] La convocatoria se realizó a través del Acuerdo No. 20161000001376 de 2016.
[2] Folio 23 del cuaderno principal.

lo que *"el uso de las listas de elegibles solo es aplicable respecto de la convocatoria en la que se hizo la oferta de empleo."*[3]

En adición, explicó que el parágrafo 1 del artículo 1 del Decreto 1894 de 2012, que establece las reglas para la provisión definitiva de empleos de carrera, dispone que: *"Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a 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."* De ahí que, reiteró, la lista solo es aplicable para proveer las vacantes específicamente ofertadas.

1.1.7. El 5 de marzo de 2019, el señor Ángel Porras presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la anterior respuesta. En ella sostuvo que el acuerdo que abrió a concurso las vacantes, dispuso que las listas de elegibles se utilizarían para proveer los empleos reportados en la OPEC de esa convocatoria, de suerte que lo que sigue es efectuar su nombramiento, ya que el empleo que se reportó en esa OPEC, es el mismo que estaba vacante. Adicionalmente, señaló que la derogatoria del artículo 4 de la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018 no modifica su situación, por cuanto, a su juicio, la disposición en mención aludía a la conformación de una lista de elegibles a nivel nacional, para proveer (i) las vacantes que no se pudieran surtir con la lista territorial y (ii) las nuevas vacantes que surgieran para los mismos empleos convocados.

1.1.8. En oficio del 20 de abril del mismo año, el Director de Gestión Humana del ICBF le informó que no procedía el recurso de reposición contra la respuesta dada el pasado 28 de febrero, en la medida en que no es un acto administrativo, sino que constituye un acto de ejecución, mediante el cual se da respuesta a la situación planteada por el actor. Por lo demás, reiteró los argumentos expuestos en la primera respuesta.

1.2. Solicitud de amparo constitucional

Con fundamento en los hechos descritos, el actor instauró la presente acción de tutela el día 6 de mayo de 2019, con el propósito de obtener el amparo de sus derechos al acceso a la carrera administrativa por meritocracia, a la igualdad, al trabajo y a la confianza legítima, los cuales estima vulnerados por el ICBF y la Comisión Nacional del Servicio Civil, como consecuencia de la negativa de agotar la lista de elegibles de la OPEC 34782 para cubrir la vacante de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil. Por lo anterior, exige ser nombrado y posesionado en período de prueba en el cargo de carrera previamente descrito. A ello agregó, como pretensión subsidiaria, ser nombrado y posesionado en el mismo cargo en provisionalidad.

[3] Folio 25 del cuaderno principal.

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela para satisfacer las pretensiones expuestas, resalta que esta es el único mecanismo idóneo y eficaz para proteger sus derechos, en tanto el término de vigencia de la lista de elegibles es de dos años. En respaldo de lo anterior, cita distintas decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional que avalan la procedencia excepcional del recurso de amparo para controvertir asuntos que refieren a la provisión de cargos de carrera.

Desde el punto de vista normativo, para sustentar su solicitud de nombramiento y posesión, menciona que el Acuerdo No. 20161000001376 de 2016, a través del cual se reglamentó la Convocatoria 433 del ICBF, dispuso que las listas de elegibles, durante su vigencia, se utilizarían para proveer los empleos que sean reportados en la OPEC. Así, explica que la Oferta Pública de Empleos de Carrera incluía al Defensor de Familia, código 2125, grado 17, para el cual había 762 vacantes. En este punto, explica la distinción entre vacante y empleo, ya que el este último es el de Defensor de Familia y bajo ese entendido, cualquier vacío que se presente en su titularidad, incluso con posterioridad al acto de convocatoria, debe ser provista de conformidad con la lista de elegibles vigente.

1.3. Trámite procesal

El 6 de mayo de 2019, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de San Gil admitió la acción de tutela y procedió a ordenar su notificación a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. En esta misma providencia, dispuso dar a conocer el inicio de la actuación a la señora Yaneth Benítez Vásquez, quien había sido nombrada en encargo en el empleo reclamado, al tiempo que le ordenó a la citada Comisión que, mediante correo electrónico, remitiera copia de la demanda de amparo y de su auto admisorio a los aspirantes que hacían parte de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, para que, si lo consideraban pertinente, expresaran dicho interés dentro del proceso[4]. Por último, decretó la publicación de la acción y de la primera actuación judicial en la página Web de la Rama Judicial.

1.4. Contestación de las entidades accionadas y de personas vinculadas

1.4.1. Comisión Nacional del Servicio Civil

El 9 de mayo de 2019, el Asesor Jurídico de la Comisión Nacional del Servicio Civil dio respuesta a la acción de tutela y afirmó que no ha vulnerado los derechos del actor, ya que no tiene competencia alguna respecto de la administración de la planta de personal del ICBF, por lo que solicita que, respecto de la entidad, se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Sobre los hechos que fundamentan la acción, sostiene que, en efecto, el actor ocupó el tercer lugar en la lista de elegibles para dos cargos de Defensor de Familia, grado 17, código 2125, OPEC 34782, convocados mediante Acuerdo

[4] En el expediente no obra prueba de dichas comunicaciones.

No. 20161000001376 de 2016. Así las cosas, comoquiera que únicamente se ofertaron dos empleos, el señor Ángel Porras no fue nombrado en período de prueba.

En este contexto, explica que mediante la Resolución No. 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 se revocó el artículo 4 de la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, que establecía que, para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidaría una lista general, en estricto orden de mérito, para proveer las vacantes que no se pudiesen cubrir con la lista territorial y, asimismo, que esa lista de elegibles sería utilizada *"para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados"*.

Precisa que el fundamento de tal decisión fue, por una parte, lo previsto en el Acuerdo que convocó al concurso de méritos, cuyo artículo 62 dispone que las listas de elegibles solo serán utilizadas para proveer los empleos reportados en la OPEC de esa convocatoria, con base en lo señalado en el Decreto 1894 de 2012, mientras él estuviese vigente. En este sentido, sostiene que dicho acto, compilado en el Decreto 1083 de 2015, en el artículo primero, inciso sexto, establece que, si se agotan los órdenes de previsión de empleos y éstos no se llenan con las vacantes respectivas, debe realizarse un proceso de selección específico para la entidad. A su vez, el parágrafo primero del mismo artículo señala que una vez que se provean en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles, ellas, durante su vigencia, solo podrían ser utilizadas para proveer de forma específica las vacancias definitivas que se produzcan en los empleos inicialmente provistos. Y, por otra parte, aseveró que, en la Sentencia SU-446 de 2011, se estableció como regla de decisión *"l1a imposibilidad de realizar uso de las listas de elegibles para plazas o vacantes diferentes a las inicialmente ofertadas, pues [de] hacerlo, implica[ría] un desconocimiento a las reglas de la convocatoria"*[5].

Por último, cuestiona que la acción de tutela presentada por el señor Ángel Porras cumpla con el presupuesto de subsidiariedad, ya que el asunto debe ser resuelto por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

1.4.2. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

La Jefe encargada de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto pide que se niegue el amparo propuesto. Para fundamentar su solicitud hace un recuento de los hechos en los mismos términos que lo hizo la Comisión Nacional del Servicio Civil, luego de lo cual asevera que las listas de elegibles solo son aplicables para proveer las vacantes ofertadas y señaladas en el proceso de selección. De suerte que, al quedar el señor Ángel Porras en el tercer lugar, la consecuencia es que no puede ser nombrado, ya que solo se ofertaron dos vacantes.

A continuación, anota que el derecho que tiene quien se encuentra en una lista de elegibles es a ser nombrado en el cargo para el cual concursó, lo cual está

[5] Folio 50 del cuaderno principal.

determinado por el lugar que se ocupa en la lista. De acuerdo con lo anterior, enfatiza que en el caso concreto no se vulneraron los derechos del actor, ya que el ICBF hizo los nombramientos correspondientes a las vacantes convocadas, en estricto orden de méritos.

Por último, expresa que, atendiendo al principio de legalidad y a la forma de provisión de empleos de carrera, las entidades y aspirantes deben acogerse a lo dispuesto en el Acuerdo 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, cuyo artículo 62 dispone que la lista solo será utilizada para proveer las vacantes correspondientes a las OPEC de esa convocatoria, que –para el caso del centro zonal de San Gil– eran dos.

1.4.3. Yaneth Benítez Vásquez

A pesar de haber sido debidamente notificada, la señora Benítez Vásquez guardó silencio.

1.5. Pruebas relevantes aportadas al proceso

1.5.1. Copia de la Resolución No. 20182230073845 expedida el 18 de julio de 2018 por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por la cual se integra la lista de elegibles para proveer dos vacantes del empleo OPEC No. 34782, denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF. En el documento consta que el actor quedó en tercer lugar, con un puntaje de 73,62.

1.5.2. Copia de la respuesta proferida por el ICBF el 28 de febrero de 2019, al requerimiento del accionante para que se agote la lista de elegibles contenida en la resolución citada en el numeral anterior, para nombrarlo en período de prueba en la vacante definitiva existente en el centro zonal de San Gil. En ella, el Instituto le señala que, para la OPEC No. 34782, únicamente se ofertaron dos vacantes, por lo que, al haber ocupado el tercer lugar, no procede su nombramiento. Asimismo, le informa que el uso de las listas de elegibles solo es aplicable para proveer las vacantes específicamente ofertadas.

1.5.3. Copia de la respuesta proferida por el ICBF el 20 de marzo de 2019, al *"recurso de reposición y en subsidio apelación"* presentado por el actor, en contra de la respuesta contenida en el numeral anterior. En ella, se le explica al solicitante que no proceden dichos recursos, por cuanto no es un acto administrativo que haya creado, definido, modificado o extinguido una situación jurídica.

1.5.4. Copia de la Resolución 0910 del 21 de enero de 2019, en la que el ICBF encarga el empleo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, a la señora Yaneth Benítez Vásquez.

1.5.5. Copia de una respuesta proferida por el ICBF el 3 de octubre de 2018, en la que le informan al actor que, en el centro zonal San Gil, hay tres empleos con denominación Defensor de Familia, código 2125, grado 17. Asimismo, le

informaron que dos de ellos fueron reportados con la OPEC 34782 y fueron objeto de la Convocatoria 433 de 2016. En esos dos empleos se encuentran nombradas en período de prueba las personas que ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles correspondiente.

1.5.6. Copia de la Resolución No. 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por la cual se revocó el artículo 4 de la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio del mismo año.

1.5.7. Copia del Acuerdo No. 20161000001376 del 9 de septiembre de 2016 proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante el cual se convoca a un concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF, Convocatoria No. 433 de 2016.

1.5.8. Copia de la Resolución No. 10848 del 17 de agosto de 2018, mediante la cual el ICBF termina unos nombramientos y nombra en período de prueba a las dos personas que ocuparon los primeros lugares de la lista de elegibles integrada en la Resolución No. 20182230073845 expedida el 18 de julio de 2018, para el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, del centro zonal de San Gil, en la regional Santander.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

2.1. Primera instancia

En sentencia del 20 de mayo de 2019, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de San Gil declaró improcedente el amparo solicitado, al considerar que el ordenamiento jurídico prevé los medios de control de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho para cuestionar los actos administrativos proferidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil y por el ICBF, dentro del concurso de méritos. De hecho, en ejercicio de dichos medios de control el accionante puede solicitar al juez contencioso administrativo la suspensión de los actos cuestionados como medida cautelar. Para el *a-quo*, el peticionario no logró probar la ocurrencia de un perjuicio irremediable que desplace los mecanismos ordinarios de defensa, ello comoquiera que el único argumento que esgrimió fue la vigencia de la lista de elegibles, cuando lo cierto es que, para el momento de dicho fallo, aún quedaba un año de vencimiento.

2.2. Impugnación

En escrito del 23 de mayo de 2018, el accionante impugnó la decisión del juez de primera instancia. En primer lugar, explicó que sí se encuentra ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable, ya que es el encargado de sostener a su familia de cuatro integrantes y de ayudar a su abuela, quien padece una enfermedad catastrófica. En este sentido, explica que en la actualidad ocupa un cargo en provisionalidad en la Rama Judicial, y puede ser desvinculado por un

funcionario de carrera, con lo cual quedaría sin ingresos económicos. Adicionalmente, señala que es posible que mientras se define un largo proceso contencioso –en el que, además, no existe garantía de que se decrete una medida provisional– es posible que el cargo al que aspira en el centro zonal San Gil, sea removido por una reestructuración administrativa, como ya lo ha hecho, el ICBF, en otras oportunidades.

Por otra parte, reitera que la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional ha admitido que, excepcionalmente, se decidan por vía de tutela asuntos relacionados con la provisión de cargos de carrera, cuando quiera que se esté rechazando el mérito como criterio relevante para acceder a un cargo. Ello, por cuanto en dichos eventos no solo se están protegiendo los derechos a la igualdad y al debido proceso, sino que se garantiza la vigencia del artículo 125 constitucional, que establece –como regla general– que los empleos en el Estado deben ser de carrera administrativa.

Por último, solicita que, como pretensión subsidiaria, se ordene al ICBF su nombramiento en provisionalidad en el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, que se encuentra en vacancia definitiva en el centro zonal de San Gil, en tanto es él quien ocupa el primer lugar en la lista de elegibles para la OPEC 34782.

2.3. Intervención de la señora Yaneth Benítez Vásquez

En escrito del 5 de junio de 2019, la señora Benítez Vásquez intervino en la acción de tutela para solicitar que se confirme la decisión del *a-quo*. Como fundamento de su solicitud, explica que la acción de tutela es de carácter subsidiario, por lo que las pretensiones del actor deben ser discutidas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de los medios de control de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que no se demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable y, por el contrario, lo que se evidencia es la existencia de una discusión de orden legal y reglamentaria que no le compete al juez constitucional.

2.3. Segunda instancia[6]

En sentencia del 3 de julio de 2019, el Tribunal Administrativo de Santander, decidió revocar la decisión del juez de primera instancia y, en su lugar, amparó los derechos invocados por el actor. En consecuencia, ordenó al ICBF que, en el término de 48 horas, nombrara y posesionara en período de prueba al señor Ángel Porras en el empleo identificado con el código OPEC No. 34782, denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, del centro zonal de San Gil, de conformidad con la lista de elegibles establecida en la Resolución No. 20182230073845 expedida el 18 de julio de 2018.

[6] Una magistrada del Tribunal Administrativo de Santander salvó su voto, con fundamento en la imposibilidad legal de usar una lista de elegibles para proveer un empleo que no fue inicialmente ofertado.

Para fundamentar su decisión, el Tribunal encontró que la acción de tutela era procedente, ya que la vigencia de la lista de elegibles es de solo dos años, por lo que los mecanismos judiciales, si bien son idóneos, no son eficaces para proteger sus derechos. Además, explicó que, el parágrafo 1 del artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, modificado por el Decreto 1894 de 2012[7], al establecer que las listas pueden ser usadas para proveer las vacantes que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, le da el derecho a ser nombrado 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"*[8]. De esta suerte, concluyó que al accionante le asiste un derecho adquirido a ser nombrado en el cargo para el cual concursó, lo cual hace viable acceder al amparo propuesto.

2.4. Solicitud de corrección y/o aclaración presentada por el ICBF

La Jefe Encargada de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF, en escrito del 10 de julio de 2019, solicitó la corrección o aclaración de la sentencia de segundo grado. En primer lugar, sostiene que para dar cumplimiento a la orden del Tribunal, esto es, para usar una lista de elegibles para proveer un cargo diferente al contenido en el acuerdo de convocatoria, necesita la aprobación de la Comisión Nacional del Servicio Civil, lo cual no ha ocurrido en este caso.

A su vez, solicita que aclare si el Tribunal deliberadamente decidió inaplicar la Resolución No. 20182230156785 de la CNSC que revocó el numeral 4 de todos los actos administrativos que emitieron listas de elegibles. En este punto reitera lo dicho en la contestación de la acción de tutela sobre que las listas de elegibles solo pueden ser usadas para proveer las vacantes ofertadas en el respectivo proceso de selección, que, en este caso, como lo reconoce el accionante, fueron dos.

Por último, solicita aclarar si el nombramiento en período de prueba del accionante es procedente, cuando la norma que aplicó para adoptar la decisión, Decreto 1894 de 2012, fue derogado por el Decreto 1083 de 2015, norma aplicable para el momento de los hechos, según la cual la única forma para usar listas de elegibles para proveer otros cargos, es con la vinculación en provisionalidad para ocupar vacantes temporales y no vacantes definitivas, como lo ordena el Tribunal en su decisión.

2.5. Auto que resuelve la solicitud de aclaración y/o corrección de la sentencia

En auto del 16 de julio de 2019, el Tribunal Administrativo de Santander resolvió negar la solicitud presentada por el ICBF, comoquiera que se evidenció

[7] Decreto 1227 de 2005. *"**Artículo 7.** La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden: (...) **Parágrafo1**. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a 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 artículo41de la Ley 909 de 2004."*

[8] Folio 130 del cuaderno principal.

que el propósito de la entidad demandada es que se vuelvan a estudiar los argumentos de defensa que fueron expuestos desde el inicio del trámite, lo cual no es procedente a través de la aclaración o corrección de la sentencia.

2.6. Solicitud de nulidad presentada por la señora Yaneth Benítez Vásquez

En escrito del 5 de agosto de 2019, la señora Benítez Vásquez solicitó que se declarara la nulidad de lo resuelto por el Tribunal, con fundamento en que la sentencia del *ad-quem* no analizó la figura del encargo, mediante el cual había sido provisto el cargo en el que se decidió nombrar al accionante. Así, explica que debe revocarse lo decidido el 3 de julio de 2019, en aras de preservar sus derechos de carrera, a la seguridad jurídica y a la estabilidad laboral adquirida.

2.7. Auto que resuelve la solicitud de nulidad de la sentencia

En decisión del 28 de agosto de 2019, el Tribunal Administrativo de Santander negó la solicitud presentada por la señora Benítez Vásquez, con fundamento en que no se configuró ninguna de las causales que dan lugar a la declaratoria de nulidad de la sentencia. Por el contrario, lo que se evidencia es que la citada señora pretende manifestar su inconformidad con la decisión, reclamo que no puede ser resuelto a través de la figura procesal invocada.

III. REVISIÓN POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política. El expediente fue seleccionado por medio de Auto del 31 de enero de 2020, proferido por la Sala de Selección Número Uno[9], previa insistencia presentada el 18 de diciembre de 2019 por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

En la referida solicitud, la Agencia expone que el juez de segunda instancia hizo una errada interpretación de las reglas jurisprudenciales y de las normas que rigen los concursos de méritos. Al respecto, explica que el Acuerdo No. 20161000001376 del 9 de septiembre de 2016 (mediante el cual se convocó el concurso de méritos) y el artículo 1 del Decreto 1894 de 2012 señalan que, para ser nombrada, la persona debe ocupar la primera posición de la lista de elegibles que esté en firme y ese empleo tuvo que haber sido ofertado.

[9] Durante el proceso de selección, el 18 de noviembre de 2019, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF envió un escrito a la Sala de Selección, en el que solicitó que se revisara la decisión del Tribunal Administrativo de Santander. Además de reiterar lo expuesto durante todo el proceso, advirtió primero, que la acción no cumple el requisito de subdidiaridad y segundo, que el precedente fijado por el juez de segunda instancia, ha sido usado por otros aspirantes para ser nombrados en cargos que no fueron ofertados al inicio de la convocatoria. En este sentido, explica que futuras condenas al ICBF con fundamento en este precedente pueden generar afectaciones en el cumplimiento de la función misional de la entidad, por el impacto presupuestal que genera la ejecución de las órdenes impartidas.

Adicionalmente, reitera que según la jurisprudencia de la Corte, concretamente la Sentencia SU-446 de 2011, una lista de elegibles genera en las personas que hacen parte de ella un derecho de carácter subjetivo que consiste en ser nombrada en el cargo para el cual se concursó, y dicho derecho está determinado por el lugar ocupado en la lista y las plazas o vacantes a proveer. Afirma que en dicha sentencia también se advirtió que, en concordancia con la anterior regla, las listas de elegibles son inmodificables luego de ser publicadas y quedar en firmes. A renglón seguido, resalta que dicha sentencia de unificación dispuso que las reglas del concurso son invariables y que admitir la utilización de una lista de elegibles para proveer un número mayor de empleos a los ofertados, quebranta una de las normas que lo rigen.

Por último, asevera que la Corte ya se ha pronunciado sobre los derechos de las personas que se han presentado a concursos para acceder a cargos de carrera administrativa, para salvaguardar sus derechos en los procedimientos como la realización de exámenes, revisión de documentos, entre otros. Asimismo, ha decidido casos en que quienes hacen parte de la listas de elegibles no han sido nombrados en estricto orden de mérito. Sin embargo, no ha precisado si existe un derecho de las personas que ocupan una lista de elegibles que aspiran a ser nombradas en vacantes definitivas distintas a las ofrecidas en la convocatoria, por lo que esta sería la oportunidad para realizar dichas precisiones.

Lo anterior, también lo suma a la reciente expedición de la Ley 1960 de 2019, que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de permitir que, con las listas de elegibles vigentes, se cubran las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados. Sobre este punto, explica que la Comisión Nacional del Servicio Civil aprobó un criterio unificado, según el cual la referida ley, únicamente se aplicará para los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria hayan sido aprobados después de su entrada en vigencia, esto es, el 27 de junio de 2019. Para el caso del accionante, la convocatoria fue anterior a esa fecha, por lo que no era posible su nombramiento en un cargo no convocado.

Para la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la decisión errada del Tribunal Administrativo de Santander ha generado un impacto en la litigiosidad del ICBF, pues otros aspirantes plantearon la misma tesis sostenida por ese Tribunal, por la vía de la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019. Para concluir, sostiene que *"el ICBF se verá expuesto a una litigiosidad que desconoce el precedente fijado por la Corte Constitucional"*[10] y que lo mismo podría ocurrir con cualquier otra entidad.

3.2. Esquema de resolución

Inicialmente, esta Sala de Revisión adelantará el examen de procedencia de la acción de amparo constitucional y, en caso de superarse, fijará los temas que

[10] Folio 16 del cuaderno de revisión.

serán materia de examen, para, con fundamento en ellos, resolver el caso concreto.

3.3. Examen de procedencia

3.3.1. En cuanto a la *legitimación por activa*, el artículo 86 de la Constitución Política reconoce el derecho de toda persona de reclamar mediante acción de tutela la protección inmediata de sus derechos fundamentales. Este precepto se desarrolla en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en el que se consagra que: *"la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud"*.

En la acción de tutela que se revisa se considera que el señor José Fernando Ángel Porras se encuentra legitimado en la causa por activa para promover el amparo de sus derechos fundamentales, ya que afirma ser el directamente afectado con la decisión del ICBF.

3.3.2. Respecto de la *legitimación por pasiva*, el artículo 86 del Texto Superior establece que la tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o por el actuar de los particulares, en los casos previstos en la Constitución y en la ley[11]. En este contexto, según lo señalado de manera reiterada por la Corte, en lo que respecta a esta modalidad de legitimación, es necesario acreditar dos requisitos, por una parte, que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y por la otra, que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión[12].

En el asunto objeto de estudio, no cabe duda de que la acción de tutela es procedente contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil, pues son autoridades públicas. Por lo demás, respecto de la primera, la negativa de nombrar y posesionar al accionante en el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, está vinculada con la función de administrar su planta de personal. Ahora bien, respecto de la Comisión, la Sala encuentra que la pretensión del actor se fundamenta en su posición en la lista de elegibles adoptada en Resolución No. 20182230073845 expedida el 18 de julio de 2018, por lo que, su eventual uso

[11] El artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 consagra las hipótesis de procedencia de la acción de tutela contra particulares.
[12] Sobre el particular, en la Sentencia T-1001 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería, se expuso que: "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 (…)".

para proveer el cargo, involucra a la referida comisión, quien, por disposición de la Constitución[13] y de la ley[14], es la encargada de administrar, por regla general, las carreras administrativas y de adelantar los concursos para proveer estos cargos.

Ahora bien, la Sala observa que el juez de primera instancia vinculó a la señora Yaneth Benítez Vásquez para que, si lo consideraba, se pronunciara sobre los hechos y pretensiones que dieron origen al amparo. A juicio de esta Sala, con dicha decisión, el juez integró debidamente el contradictorio, comoquiera que, al ser la persona que por encargo ocupaba el cargo al que aspira ser nombrado el accionante, una eventual decisión favorable a las pretensiones de este último, sería contraria a sus intereses, incluso porque en la práctica se está cuestionando la validez del acto que dispuso su nombramiento en encargo el día 21 de enero de 2019.

Por último, se observa que el juez de primera instancia en el trámite de admisión, ordenó a la CNSC comunicar de la presente acción de tutela a los demás integrantes de la lista de elegibles adoptada en la resolución del 18 de julio de 2018, pero la oficiada no aportó prueba de tal actuación. En este caso, no se evidencia que la ausencia de tal elemento de convicción tenga alguna incidencia respecto de la debida integración del contradictorio, ya que la Corte ha considerado necesaria la vinculación de todas las personas de una lista de elegibles, cuando su posición original en ella *"cambiaría por la modificación eventual de un criterio para fijar dicho orden"*[15], circunstancia que no tendría lugar en esta controversia, de conformidad con la materia objeto de litigio. En efecto, este Tribunal ha entendido que, cuando la decisión objeto de revisión se centra en analizar la situación específica del accionante, sin modificar los criterios que sirvieron de base para su elaboración, no existe un interés legítimo del resto de integrantes de la lista, que exija su notificación en el proceso[16].

3.3.3. Como requisito de procedibilidad, la acción de tutela también exige que su interposición se lleve a cabo dentro de un plazo razonable, contabilizado a partir del momento en el que se generó la vulneración o amenaza del derecho fundamental, de manera que el amparo responda a la exigencia constitucional de ser un instrumento judicial de aplicación inmediata y urgente (CP art. 86), con miras a asegurar la efectividad concreta y actual del derecho objeto de

---

[13] *"**Artículo 130.** Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial."*

[14] Ley 909 de 2004. *"**Artículo 7o. Naturaleza de la Comisión Nacional del Servicio Civil.** La Comisión Nacional del Servicio Civil prevista en el artículo 130 de la Constitución Política, responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. (...)"* y *"**Artículo 30. Competencia para adelantar los concursos.** Los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin. Los costos que genere la realización de los concursos serán con cargo a los presupuestos de las entidades que requieran la provisión de cargos."*

[15] Auto 193 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[16] Auto 049 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, reiterado en el Auto 487 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

violación o amenaza. Este requisito ha sido identificado por la jurisprudencia de la Corte como el *principio de inmediatez*.

En relación con el caso objeto de estudio, la Corte observa que se cumple con el citado requisito, en tanto la última respuesta del ICBF respecto de la solicitud de nombramiento y posesión del actor en el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, es del 20 de abril de 2019 y la acción de tutela se presentó el 6 de mayo del mismo año, es decir, que transcurrió menos de un mes entre ellas, tiempo que, a juicio de la Sala de Revisión, es razonable.

3.3.4. Finalmente, el artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de amparo solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[17]. Esto significa que la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual *"procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección"*[18]. El carácter residual obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política y la ley a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en los principios de independencia y autonomía de la actividad jurisdiccional.

Dentro de este contexto, por regla general, la acción de tutela no procede contra los actos administrativos dictados dentro de un concurso de méritos, por cuanto el afectado puede acudir a los medios de defensa disponibles en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para el efecto. Incluso, con la expedición de la Ley 1437 de 2011, los demandantes pueden solicitar la adopción de medidas cautelares de todo tipo (preventivas, conservativas, anticipadas o de suspensión) cuyo contenido de protección es amplio y admiten su concurrencia dependiendo del caso (según la ley: *"el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias"* al mismo tiempo), con lo cual se pretende garantizar el acceso material y efectivo a la administración de justicia[19]. Esta circunstancia debe ser objeto de análisis en el estudio de procedencia de la acción de tutela.

Ahora bien, desde una perspectiva general, la Corte ha sostenido que, pese a la existencia de las vías de reclamación en lo contencioso administrativo, existen dos hipótesis que permiten la procedencia excepcional de la acción de tutela. La primera, se presenta cuando existe el riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable, causal que tiene plena legitimación a partir del contenido mismo

[17] Véanse, entre otras, las Sentencias T-336 de 2009, T-436 de 2009, T-785 de 2009, T-799 de 2009, T-130 de 2010 y T-136 de 2010.
[18] Sentencia T-723 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
[19] Sobre la introducción al ordenamiento jurídico de estas medidas en la Ley 1437 de 2011, esta Corporación, en Sentencia T- 610 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera, sostuvo que: *"el legislador realizó un esfuerzo importante para que las medidas cautelares se concibieran como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia pretendiendo de esta manera irradiar el escenario administrativo de una perspectiva constitucional. Ello es razonable en la medida en que el carácter proteccionista de la Carta Política debe influir en todo el orden jurídico vigente como reflejo de su supremacía, lo que supone que las demás jurisdicciones aborden los asuntos puestos a su consideración desde una visión más garantista y menos formal del derecho."*

del artículo 86 del Texto Superior y, por virtud de la cual, se le ha reconocido su carácter de mecanismo subsidiario de defensa judicial. Y, la segunda, cuando el medio existente no brinda los elementos pertinentes de idoneidad y eficacia para resolver la controversia, a partir de la naturaleza de la disputa, de los hechos del caso y de su impacto respecto de derechos o garantías constitucionales.

Sobre esta última, en la Sentencia T-059 de 2019[20], en el marco de un concurso de méritos, la Corte manifestó que:

> "Las acciones de tutelas 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. (…)"
>
> "Particularmente, cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que (i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley. En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que[,] a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico. (…)"
>
> "Por último, es importante poner de presente que, pese a que se podría sostener que la pretensión de la acción de tutela, se podría satisfacer mediante la solicitud de medidas cautelares, lo cierto es que en el fondo se plantea una tensión que involucra el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales. // Lo anterior, en la medida en que tal y como se estableció en las Sentencias C-645 de 2017, C-588 de 2009, C-553 de 2010, C-249 de 2012 y SU-539 de 2012, el mérito es un principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, en la medida en que tiene un triple fundamento histórico, conceptual y teleológico. En efecto, el principio del mérito se estableció en el ordenamiento jurídico con la finalidad de proscribir las prácticas clientelistas, para garantizar un medio objetivo de acceso, permanencia y retiro del servicio público y, por último, para hacer efectivos otros derechos que encuentran garantía plena a través de éste, al tiempo que se materializan los principios de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución. (…)"[21].

En el marco específico de las medidas cautelares, la Corte también ha dicho que el juez de tutela tiene la facultad de proteger los derechos fundamentales como objetivo prioritario de acción, y ello lo hace de forma inmediata y con medidas más amplías[22]; y, además, precisó que, aunque se debe revisar dicha herramienta al hacer el estudio de subsidiariedad, lo cierto es que existen importantes diferencias entre la medida cautelar y la acción de tutela, las cuales pueden resumirse así:

---

[20] M.P. Alejandro Linares Cantillo.
[21] Énfasis por fuera del texto original.
[22] Sentencia C-284 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.

> "(i) es necesario seguir y ajustarse al procedimiento descrito en la norma y acudir mediante abogado debidamente acreditado, situación que no ocurre con la acción de tutela, como quiera que este es un instrumento que puede ser usado de manera personal por el titular de los derechos vulnerados, sin necesidad de seguir una forma preestablecida, (ii) por regla general, para que una medida cautelar sea decretada, es imperativo prestar caución para asegurar los posibles perjuicios que con ésta se puedan causar[23] y, (iii) la suspensión de los actos que causen la vulneración de los derechos no es de carácter definitivo, puesto que estas herramientas son transitorias y, en esa medida, la orden final está sometida a las características propias de cada juicio, en contraposición con la protección que brinda el amparo constitucional, que en principio, es inmediato y definitivo." [24]

En este orden de ideas, se concluye que la acción de tutela es procedente por vía de excepción para cuestionar actos administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos, y que, más allá de la causal del perjuicio irremediable, cabe examinar la eficacia en concreto del medio existente y de la viabilidad sumaria de las medidas cautelares, teniendo en cuenta, como ya se dijo, la naturaleza de la disputa, los hechos del caso y su impacto respecto de derechos, principios o garantías constitucionales, siendo, prevalente, en este escenario, la protección del mérito como principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, como lo señaló expresamente Sentencia T-059 de 2019[25].

Para la Sala, en este caso, la acción de tutela procede como mecanismo principal de protección de los derechos al trabajo y al acceso a cargos públicos[26], en un contexto indefectible de amparo al mérito como principio fundante del orden constitucional. Por las razones que a continuación se exponen:

En primer lugar, el accionante actualmente ocupa el primer lugar en la lista de elegibles, luego de haberse ocupado los dos empleos que inicialmente fueron objeto de convocatoria, por lo que, al haber quedado una vacante definitiva frente exactamente el mismo cargo para el cual él concursó, aparece la disputa que es objeto de revisión en esta tutela, consistente en determinar si cabía el encargo frente a un funcionario de la entidad, o si, por el contrario, debía hacerse uso de la lista de elegibles en el orden y conforme al mérito demostrado, por parte de las personas que concursaron para acceder a la función pública. Así las cosas, como lo manifestó este Tribunal en la citada Sentencia T-059 de 2019, se observa que, en esta oportunidad, la controversia implica verificar el *"(…) **principio de mérito** como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo **y se convierte en un asunto de carácter constitucional**, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales"*[27].

---

[23] De acuerdo con el artículo 232 de la Ley 1437/11 no se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.
[24] Sentencia T-376 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.
[25] M.P. Alejandro Linares Cantillo.
[26] Ver, entre otras, Sentencia T-654 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
[27] Énfasis por fuera del texto original.

En segundo lugar, se avizora en este caso una de las causales mencionadas en la citada providencia, a fin de determinar que, en concreto, los medios ante lo contencioso administrativo no son siempre eficaces, concerniente a que *"(…) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta"*. Al respecto, como se mencionó en el acápite de antecedentes, su vigencia se limitó a dos años, por lo que si ella quedó en firme el día 31 de julio de 2018, la posibilidad de aplicarla se extendió hasta máximo el 30 del mismo mes pero de este año, de suerte que hoy en día no cabe proceder a su uso y, en caso de no asumir la revisión de lo resuelto por el juez de instancia y decretar la improcedencia de la acción de tutela, prácticamente el accionante no tendría mecanismo alguno para reclamar su acceso a la función pública, y se estaría, por razones meramente formales, excluyendo la verificación del mérito como principio fundante del Estado colombiano. No sobra recordar que el actor ocupa en la actualidad el cargo que reclama, en virtud de lo resuelto por el juez de segunda instancia en este trámite de amparo constitucional, por decisión del 3 de julio de 2019.

En tercer lugar, como ya se dijo, la exclusión de la procedencia del amparo llevaría a que, al momento de proferirse una decisión definitiva en sede de lo contencioso administrativo, la lista de elegibles definitivamente ya no estaría vigente y, por ende, el accionante no podría ocupar el cargo al que –según alega– tiene derecho, con lo cual únicamente podría recibir una compensación económica. Esta realidad descarta la eficacia de la garantía de acceso a cargos públicos y excluye la verificación del mérito, en contravía del mandato del artículo 2 del Texto Superior, que impone como obligación del Estado velar por el goce efectivo de los derechos, lo cual no se satisface con el reconocimiento de una compensación económica[28].

Lo anterior, en línea con la solicitud formulada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para la cual, desde la óptica constitucional, no se ha precisado si existe un derecho de las personas que ocupan una lista de elegibles que aspiran a ser nombradas en vacantes definitivas distintas a las ofrecidas en la convocatoria, por lo que esta sería la oportunidad para realizar esas precisiones.

Además de las razones previamente expuestas, se considera que la pretensión del accionante no se enmarca dentro del escenario de efectividad de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, por las siguientes razones:

Primero, porque la suspensión de un acto administrativo exige que se aprecie una posible violación de la ley, que *surja* del análisis del acto demandado y de su *confrontaci*ón con las normas invocadas como vulneradas[29]. En este caso, no se advierte la existencia de una oposición normativa que sea evidente, como lo

[28] En un caso similar, en el que se cuestionaba la provisión de cargos de carrera de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles, la Corte consideró que la acción de tutela es el mecanismo judicial eficaz e idóneo "cuando se corre el riesgo de que en el trámite de una de las vías con que pueda contar el tutelante, la lista de elegibles pierda vigencia y la hipotética protección que deba extenderse quede sin sustento". Sentencia T-319 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos.
[29] CPACA, art. 231.

demanda la ley y lo requiere la jurisprudencia del Consejo de Estado[30], sino de una controversia en la que se solicita darle aplicación directa al criterio de mérito que introduce la Constitución, con la particularidad de que, en el curso de la tutela, se produjo un proceso de tránsito legislativo que, como lo advierte la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, contaba con un criterio unificado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, conforme al cual la Ley 1960 de 2020, en cuyo artículo 6 se dispone que la lista de elegibles se aplicará *"en estricto orden de méritos"* para cubrir *"las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad",* únicamente se debía aplicar para los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria hayan sido aprobados después de su entrada en vigor, esto es, el 27 de junio de 2019 y, en el caso bajo examen, tal actuación tiene su origen en el año 2016. Por consiguiente, no se trata de un caso en donde se advierta la simple confrontación de normas como supuesto legal que habilite la medida cautelar de suspensión provisional, en los términos del artículo 231 del CPACA.

Segundo, porque la discusión no permite una medida conservativa[31], en tanto que lo que se busca es precisamente reclamar un derecho que había sido objeto de una respuesta negativa por parte de la administración. Y tampoco cabe la orden de adoptar una decisión administrativa[32], por cuanto ella es el sustento propio de la controversia de fondo, y al tratarse de una medida anticipativa, solo se justifica ante la inminencia de un daño mayor[33], hipótesis de apremio que no resulta evidente en este caso, al tener que verificarse el alcance de una garantía de raigambre constitucional y el tránsito legislativo ocurrido sobre la materia.

Por el conjunto de razones expuestas, se advierte la falta de eficacia e idoneidad de las vías de lo contencioso administrativo para dar respuesta a la controversia planteada, lo que amerita su examen a través de la acción de tutela, como medio principal de protección de los derechos invocados. Por esta razón, se procederá a plantear el problema jurídico bajo examen y a determinar los aspectos que serán objeto de evaluación por parte de este Tribunal, con base en los cuales se adelantará el examen del caso concreto.

---

[30] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, 16 de mayo de 2018, radicación 11001-03-25-000-2016-00178-00 (0882-16). Textualmente, en este fallo se dice que: *"(…) determinar si los apartes acusados del art. 3º del Decreto 1507 de 2014, vulneran efectivamente los derechos contemplados en las normas constitucionales y pactos internacionales, invocados por el demandante,* ***es un asunto que no se evidencia con la simple confrontación*** *como lo dispone el art. 231 del CPACA, sino, que requiere el ejercicio de análisis ponderado en la sentencia."* Énfasis por fuera del texto original.

[31] El artículo 230 del CPACA establece que: *"**Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares.** (…) Para el efecto, el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas: **1.** Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerable o amenazante, cuando fuere posible. (…)"*

[32] El mismo artículo citado en la nota a pie anterior señala que: *"**Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares.** (…) Para el efecto, el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas: (…)* ***4.*** *Ordenar la adopción de una decisión administrativa o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos. // 5. Impartir órdenes o imponerle a cualquier de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer. (…)".*

[33] ARIAS GARCÍA, Fernando, *Estudios de Derecho Procesal Administrativo*, Ibáñez, Bogotá, 2013, p. 381.

3.4. Problema jurídico y temas a desarrollar

A partir de las circunstancias que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela y de las decisiones adoptadas por los respectivos jueces de instancia, la Corte debe determinar si se configura una vulneración de los derechos del accionante al trabajo y al acceso y ejercicio de cargos públicos, como consecuencia de la decisión del ICBF de no acudir a la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018 para ocupar la vacante de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, que se generó con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016.

Para dar respuesta a este interrogante, se realizará una exposición de las normas y de la jurisprudencia sobre el derecho de quienes conforman una lista de elegibles a ser nombrados y posesionados en los cargos convocados, así como también se analizará la Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo.

3.5. El principio constitucional del mérito como principio rector del acceso al empleo público

3.5.1. El artículo 125 de la Constitución Política elevó a un rango superior el principio de mérito como criterio predominante para la designación y promoción de servidores públicos. Así, consagró como regla general que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y que el ingreso a ella se hará mediante concurso público. Con esta norma el constituyente hizo explícita la prohibición de que factores distintos al mérito pudiesen determinar el ingreso y la permanencia en la carrera administrativa.

Según lo ha explicado esta Corporación[34], la constitucionalización de este principio busca tres propósitos fundamentales. El primero de ellos es asegurar el cumplimiento de los fines estatales y de la función administrativa previstos en los artículos 2 y 209 Superiores. En este sentido, se ha dicho que la prestación del servicio público por personas calificadas se traduce en eficacia y eficiencia de dicha actividad. Además, el mérito como criterio de selección provee de imparcialidad a la función pública.

El segundo es materializar distintos derechos de la ciudadanía. Por ejemplo, el derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos; el debido proceso, visto desde la fijación de reglas y criterios de selección objetivos y transparentes previamente conocidos por los aspirantes; y el derecho al trabajo, ya que una vez un servidor público adquiere derechos de carrera, solo la falta de mérito puede ser causal para su remoción.

El tercer y último propósito perseguido por el artículo 125 Superior, es la igualdad de trato y oportunidades, ya que con el establecimiento de concursos públicos, en los que el mérito es el criterio determinante para acceder a un cargo, cualquier persona puede participar, sin que dentro de este esquema se toleren tratos diferenciados injustificados, así como la arbitrariedad del nominador.

[34] Ver Sentencias C-901 de 2008 y C-588 de 2009.

Concretamente, la Corte ha sostenido que el principio de mérito *"constituye plena garantía que desarrolla el principio a la igualdad, en la medida en que contribuye a depurar las prácticas clientelistas o políticas en cuanto hace al nombramiento de los servidores públicos o cuando fuese necesario el ascenso o remoción de los mismos, lo que les permite brindarles protección y trato sin discriminación de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica."*[35].

3.5.2. El principio del mérito se concreta principalmente en la creación de sistemas de carrera y en el acceso a cargos públicos mediante la realización de concursos. Este último corresponde a los procesos en los que a través de criterios objetivos se busca determinar la idoneidad, capacidad y aptitud de los aspirantes para ocupar un cargo, teniendo en cuenta la categoría del empleo y las necesidades de la entidad. De suerte que, las etapas y pruebas en cada convocatoria deben estar dirigidas a identificar las cualidades, calidades y competencias de los candidatos, para, con dichos resultados, designar a quien mayor mérito tiene para ocupar el cargo.

Respecto de la función del concurso público como garantía de cumplimiento del mérito, en la Sentencia C-588 de 2009[36], en la cual se declaró inexequible el Acto Legislativo 01 de 2008, *"por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política"*, esta Corporación afirmó que:

> "Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, pues el Constituyente lo previó como un mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa[37]. Así pues, el sistema de concurso 'como regla general regula el ingreso y el ascenso' dentro de la carrera[38] y, por ello, 'el proceso de selección entero se dirige a comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos', pues sólo de esta manera se da cumplimiento al precepto superior conforme al cual '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'[39].
>
> El concurso es así un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impide que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios 'subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (…), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante'[40]."

3.5.3. En desarrollo del mandato constitucional expuesto, el legislador expidió la Ley 909 de 2004[41], entre otras, para regular el ingreso y ascenso a los empleos de carrera. El artículo 27 de esta ley definió la carrera administrativa como *"un*

---

[35] Sentencia SU-086 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
[36] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
[37] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.
[38] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
[39] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C.1122 de 2005. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
[40] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-211 de 2007. M. P. Alvaro Tafur Galvis.
[41] "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"

sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público". Asimismo, estableció que, para lograr ese objetivo, el ingreso, permanencia y ascenso en estos empleos se hará exclusivamente por mérito, a través de procesos de selección en los que se garantice la transparencia y objetividad. Dentro de este contexto, el artículo 28 enlistó y definió los principios que deberán orientar la ejecución de dichos procesos, entre los que se encuentran: el mérito, la libre concurrencia e igualdad en el ingreso, la publicidad, la transparencia, la eficacia y la eficiencia.

En la mencionada ley se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil es el ente encargado de la administración y vigilancia de las carreras, excepto aquellas que tengan carácter constitucional especial y que esta entidad también es la encargada de realizar los procesos de selección para la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa.

Así pues, en la Ley 909 de 2004 se establecieron las etapas del proceso de selección o concurso[42], en los siguientes términos: La primera de ellas es la convocatoria, que debe ser suscrita por la CNSC y por el jefe de la entidad u organismo cuyas necesidades de personal se pretenden satisfacer, y que se convierte en el acto administrativo que regula todo el concurso. La segunda, es el reclutamiento, que tiene como objetivo atraer e inscribir a los aspirantes que cumplan con los requisitos para el desempeño del empleo convocado. La tercera, la constituyen las pruebas, cuyo fin es identificar la capacidad, aptitud, idoneidad y adecuación de los participantes y establecer una clasificación de candidatos. La cuarta, es la elaboración de la lista de elegibles, por estricto orden de mérito, la cual tendrá una vigencia de dos años y con la cual se cubrirán las vacantes. La quinta y última etapa, es el nombramiento en período de prueba de la persona que haya sido seleccionada por el concurso.

Con posterioridad, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1227 de 2005, que reguló parcialmente la Ley 909 de 2004. El artículo 7, modificado por el Decreto 1894 de 2012[43], estableció el orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. En el parágrafo 1 de este artículo se dispuso que: *"Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a 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".*

3.5.4. En vigencia de estas normas, la Corte se pronunció varias veces sobre el problema jurídico sometido en esta ocasión a consideración de la Sala, esto es,

[42] Artículo 31 de la Ley 909 de 2004.
[43] Este artículo fue derogado y compilado en el artículo 2.2.5.3.2. Decreto 1083 de 2015, por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, el cual a su vez fue modificado por el Decreto 498 de 2020.

la posibilidad de que una lista de elegibles fuera usada para proveer cargos de vacantes definitivas que no fueron convocadas inicialmente a concurso.

Sobre el particular, en la Sentencia SU-913 de 2009[44] estableció que una lista de elegibles genera en las personas un derecho de carácter subjetivo a ser nombradas en el cargo para el cual concursaron, cuando este quede vacante o esté siendo desempeñado por un funcionario en encargo o provisionalidad, de manera que la consolidación del derecho *"se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer"*, razón por la cual, las listas de elegibles, una vez publicadas y en firme, son inmodificables.

Posteriormente, en la Sentencia SU-446 de 2011[45] estudió el caso de algunos integrantes de listas de elegibles para ocupar cargos en la Fiscalía General de la Nación, que reclamaban ser nombrados en cargos no convocados inicialmente. En esta decisión se negaron las pretensiones de los accionantes, con fundamento en que el propósito de la lista de elegibles es que se provean las vacantes para los cuales se realizó el concurso, por lo que durante su vigencia solo puede ser usada para ocupar los empleos que queden vacantes en los cargos convocados y no en otros. Al respecto, en la referida sentencia se señaló que:

> "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. Los cargos que se encuentren por fuera de ésta, requerirán de un concurso nuevo para su provisión.
>
> Fuerza concluir, entonces, que el uso del registro o lista de elegibles se impone sólo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registre la entidad durante su vigencia, siempre y cuando se trate de las plazas ofertadas en el respectivo concurso."

Esta postura fue reiterada en la Sentencia T-654 de 2011[46], al decidir sobre las pretensiones de una concursante que ocupó un lugar en la lista de elegibles que superaba el número de vacantes convocadas, pero que solicitó su nombramiento en un cargo equivalente que fue creado con posterioridad a la convocatoria.

3.6. Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo

3.6.1. El 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019, *"Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones"*. En ella se alteraron figuras como el encargo, se dispuso la profesionalización del servicio público, se reguló la movilidad horizontal en el servicio público y, en particular, respecto de los concursos de méritos, se hicieron dos cambios a la Ley 909 de 2004. El primero de ellos consistió en la creación de los concursos de ascenso, para permitir la

[44] M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
[45] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
[46] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

movilidad a cargos superiores de funcionarios de carrera dentro de la entidad, así, en la referida ley, se establecieron unas reglas puntuales para la procedencia de estos concursos y se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los seis meses siguientes contados a partir de su expedición, debía determinar el procedimiento para que las entidades y organismos reportaran la OPEC, para viabilizar el referido concurso.

El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, como se mencionó con anterioridad, con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas *"vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad"*. Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación.

Como se aprecia, el cambio incluido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, comporta una variación en las reglas de los concursos de méritos, particularmente en relación con la utilización de las listas de elegibles. Así, la normativa anterior y la jurisprudencia de esta Corporación sobre el tema, partían de la premisa de que la norma establecía que las listas de elegibles únicamente podrían usarse para los cargos convocados y no otros, a pesar de que con posterioridad a la convocatoria se generaran nuevas vacantes definitivas. Con ocasión de la referida modificación, esta Sala deberá definir la aplicación en el tiempo de dicha norma, comoquiera que, su uso, en el caso concreto, *prima facie*, proveería un resultado distinto de aquel que podía darse antes de su expedición, no solo debido al cambio normativo, sino también a la consecuente inaplicabilidad del precedente señalado de la Corte respecto del uso de la lista de elegibles, ya que la normativa en la cual se insertaron esos pronunciamientos varió sustancialmente.

3.6.2. Previo a realizar este análisis, es preciso recordar que en otras ocasiones el legislador ha establecido, para casos concretos, que las listas de elegibles deben ser usadas para proveer los cargos convocados, así como aquellas vacantes de grado igual, correspondientes a la misma denominación. Este es el caso de la Ley 201 de 1995[47], que, para el caso de la Defensoría del Pueblo, estableció la aplicabilidad de dicha regla. Esta ley fue demandada en ejercicio de la acción pública de constitucionalidad y en la Sentencia C-319 de 2010[48] se decidió su exequibilidad[49]. Uno de los argumentos que explican la validez de la referida norma es que con ella se logran los principios de la función pública, particularmente los de economía, eficiencia y eficacia, en tanto permite hacer más eficiente el uso del talento humano y de los recursos públicos, ambos escasos para el caso de la Defensoría del Pueblo. Es innegable que la obligación de uso de listas de elegibles vigentes para proveer cargos de igual denominación pero no convocados, en el contexto expuesto, busca garantizar el mérito como

[47] *"Por la cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, y se dictan otras disposiciones"*
[48] M.P. Humberto Sierra Porto.
[49] En esta providencia se decidió declarar inexequible únicamente la expresión "inferior", que permitía que las listas de elegibles también fueran usadas para proveer cargos de este tipo.

criterio exclusivo de acceso a cargos públicos, ya que únicamente se podrá nombrar en las vacantes a las personas que hayan superado todas las etapas de la convocatoria y, además, sean los siguientes en orden de la lista, después de haberse nombrado a las personas que ocuparon los primeros lugares para proveer los cargos ofertados. Adicionalmente, ello permite un uso eficiente de los recursos públicos y del recurso humano, con lo cual se garantiza la plena vigencia los principios que rigen la función administrativa.

3.6.3. Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma, por lo que se deberá definir si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley.

El primero de estos fenómenos, esto es, la retroactividad, se configura cuando la norma expresamente permite su aplicación a situaciones de hecho ya consolidadas. Por regla general está prohibido que una ley regule situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, en respeto de los principios de seguridad jurídica y buena fe[50], así como del derecho de propiedad.

Por otro lado, el fenómeno de la ultractividad consiste en que una norma sigue produciendo efectos jurídicos después de su derogatoria, es decir *"se emplea la regla anterior para la protección de derechos adquiridos y expectativas legítimas de quienes desempeñaron ciertas conductas durante la vigencia de la norma derogada, no obstante existir una nueva que debería regir las situaciones que se configuren durante su período de eficacia por el principio de aplicación inmediata anteriormente expuesto"*[51].

Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso *sub-judice*. El último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la **retrospectividad**, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, *"pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva"*[52]. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia.

Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual

[50] Ver, Sentencia 402 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz y Sentencia T-389 de 2009, M.P. Humberto Sierra Porto.
[51] Sentencia T- 525 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
[52] Sentencia T-564 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.

Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles "*se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer"*[53]. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen **un derecho subjetivo** y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004[54].

Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar

---

[53] Sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[54] La norma en cita dispone que: *"**ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio**. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; // b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa; (...) d) Por renuncia regularmente aceptada; // e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez* [Declarado EXEQUIBLE por la Corte en Sentencia C-501 de 2005, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.] // *f) Por invalidez absoluta; // g) Por edad de retiro forzoso; // h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario; // i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo* [Declarado EXEQUIBLE por la Corte en Sentencia C-1189 de 2005, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.] // *j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen; // k) Por orden o decisión judicial; // l) Por supresión del empleo;// m) Por muerte; // n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes."*

los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso.

Por último, se aclara que en este caso no se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto de los potenciales aspirantes que podrían presentarse a los concursos públicos de méritos para acceder a los cargos que ahora serán provistos con las listas de elegibles vigentes en aplicación de la nueva ley. En efecto, tanto la situación de quienes tienen derechos adquiridos como de quienes aún no han consolidado derecho alguno, están reservadas para las personas que conformaron las listas de elegibles vigentes al momento de expedición de la ley, de manera que el resto de la sociedad está sujeta a los cambios que pueda introducir la ley en cualquier tiempo, por cuanto, en esas personas indeterminadas no existe una situación jurídica consolidada ni en curso.

3.6.4. Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que *"las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019,* ***deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad*** *y que correspondan a los "****mismos empleos",*** *entiéndase con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."*[55].

3.6.5. En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.

[55] Énfasis por fuera del texto original, Consultado en: https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos.

3.7. Caso concreto

3.7.1. El señor José Fernando Ángel Porras solicita la protección de sus derechos al trabajo y al acceso y ejercicio de cargos públicos, los cuales estima vulnerados como consecuencia de la decisión del ICBF de no agotar la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, para ocupar la vacante de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, regional Santander, que se generó luego de la Convocatoria 433 de 2016.

Tanto el ICBF como la Comisión Nacional del Servicio Civil alegaron durante el trámite de tutela que no había lugar al pretendido nombramiento, por cuanto el cargo al que hace referencia el accionante no fue convocado inicialmente. En efecto, para la OPEC 34782, en la que el accionante participó y quedó en tercer lugar, únicamente se estaban ofertando dos cargos de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, por lo que la vacante que se generó con posterioridad, fue ocupada mediante el encargo de la señora Yaneth Benítez Vásquez.

El juez de primera instancia declaró la improcedencia de la acción. Sin embargo, el *ad-quem* amparó los derechos invocados y ordenó el nombramiento en período de prueba del señor Ángel Porras en el cargo de Defensor de Familia solicitado, de conformidad con la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018 de la CNSC. Para este último juez, el parágrafo 1 del artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, modificado por el Decreto 1894 de 2012[56], al establecer que las listas pueden ser usadas para proveer las vacantes que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, le da el derecho a ser nombrado 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"*[57].

3.7.2. Visto lo anterior, de conformidad con la Ley 909 de 2004 y la jurisprudencia unificada de esta Corporación antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, habría que revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Santander, comoquiera que la regla aplicable al caso permitía concluir que el ICBF solo podía hacer uso de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, para proveer los dos cargos inicialmente ofertados en la OPEC No. 34782, como en efecto lo hizo. De forma que, una nueva vacante no convocada debería ser ocupada mediante la figura de encargo o de provisionalidad, mientras se adelantaba un nuevo concurso de méritos. Tal como en efecto ocurrió.

---

[56] Decreto 1227 de 2005. *"**Artículo 7.** La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden: (...) **Parágrafo 1°**. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a 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."*

[57] Folio 130 del cuaderno principal.

Dicho esto, la Sala encuentra que en esa decisión el Tribunal no tuvo en cuenta, primero, la jurisprudencia reiterada de la Corte respecto de la utilización de las listas de elegibles únicamente para proveer los cargos inicialmente convocados. Segundo, que el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, antes de su modificación, establecía que las listas de elegibles vigentes solo serían usadas para cubrir las vacantes inicialmente ofertadas[58]. Tercero, que el parágrafo 1 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, que compiló el Decreto 1227 de 2005, antes de ser modificado por el Decreto 498 de 2020[59], reafirmaba la prohibición de proveer vacancias definitivas de cargos no convocados. Y, cuarto, que se equiparó el término oferta pública de empleos de carrera (OPEC) al de empleo y, por tal razón, se ordenó el nombramiento del accionante *"en el empleo identificado con el OPEC No. 34782"*, cuando lo cierto es que en la referida oferta pública únicamente se ofertaron dos cargos.

Sin embargo, por el cambio normativo y la consecuente variación de los supuestos fácticos y jurídicos que dieron origen a la acción de tutela y que hacen inaplicable el precedente de esta Corte al *sub-examine*, se confirmará la orden de protección dictada por el Tribunal Administrativo de Santander el 3 de julio de 2019, bajo el entendido que, en aplicación de la Ley 1960 del año en cita, resultaba obligatorio utilizar la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, para proveer la vacante del cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, regional Santander, pues la misma tiene una aplicación retrospectiva e incluye la hipótesis que se alega por el actor, más allá de que ella no haya sido invocada en la demanda de tutela, al haberse presentado el cambio normativo durante el desarrollo del proceso, circunstancia que no afecta su pretensión, ya que, como se dijo, la Corte ha admitido que esa solución legal garantiza el principio del mérito y asegura la realización de los principios economía, eficiencia y eficacia de la función pública, lo cual resulta claramente concordante con la reclamación realizada por el accionante.

Así las cosas, no cabe duda que de conformidad con el orden establecido en la lista de elegibles, el señor Ángel Porras tenía derecho a ser nombrado en período de prueba en el mencionado cargo y, por ende, procedía terminar el encargo de la señora Yaneth Benítez Vásquez, como a continuación se pasará a explicar.

3.7.3. De acuerdo con lo expuesto el acápite 3.6 de esta providencia, la Ley 1960 de 2019 modificó la Ley 909 de 2004, concretamente la regla referida al uso de las listas de elegibles vigentes, para permitir que con ellas también se provean las *"vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad"*.

---

[58] Ley 909 de 2004. *"**Artículo 31. Etapas del proceso de selección o concurso.** El proceso de selección comprende: (...) 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."*

[59] La modificación contenida en ese decreto, artículo 1, establece el uso de las listas de elegibles *"para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad."*

Así las cosas, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley aplica a la situación de las personas que ocupan un lugar en la lista de elegibles que excedía el número de vacantes ofertadas y por proveer. Es decir que, si son las siguientes en orden y existe una lista vigente, en caso de producirse una vacante para ese empleo, aun cuando no haya sido ofertado, tendrán derecho a ser nombradas en las vacantes definitivas que se vayan generando, de conformidad con lo dispuesto en la referida ley. Sin embargo, en cada caso concreto, la entidad cuyas necesidades de personal se pretenden satisfacer mediante el concurso deberá realizar los trámites administrativos para reportar las vacantes definitivas de los cargos a la CNSC, así como los trámites financieros y presupuestales para poder hacer uso de las referidas listas.

De hecho, en este punto debe recordarse que la misma Comisión Nacional del Servicio Civil modificó su postura en torno a la aplicación de la referida ley y dispuso que las listas de elegibles y aquellas que sean expedidas en procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán ser usadas durante su vigencia para cubrir las nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos". En este punto no sobra recordar que el pronunciamiento de dicha autoridad goza de un valor especial, por ser el organismo que, por mandato constitucional, tiene la función de administrar las carreras de los servidores públicos (CP. art. 130).

3.7.4. En el caso concreto del accionante, la Corte considera que hay lugar a aplicar retrospectivamente el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, modificado por la Ley 1960 de 2019 y, en consecuencia, a aplicar directamente la lista de elegibles, por las siguientes razones:

i. El 3 de julio de 2019, fecha en la cual el Tribunal Administrativo de Santander profirió la sentencia de segunda instancia, ya se había expedido la Ley 1960 del año en cita.
ii. En esa misma fecha la lista de elegibles continuaba vigente, comoquiera que adquirió firmeza el 31 de julio de 2018, es decir, venció el 30 de julio de 2020.
iii. De conformidad con la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, en la cual la CNSC adoptó la lista de elegibles para el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal San Gil, regional Santander, el accionante era el siguiente en el orden, luego de haberse producido el nombramiento de las dos vacantes convocadas inicialmente.
iv. El cargo en el que solicita ser nombrado el señor Ángel Porras se encontraba en vacancia definitiva y estaba provisto en encargo, tal como lo reconoce el ICBF en la contestación de la acción de tutela.
v. El referido cargo tiene la misma denominación, grado, código y asignación básica, además de presentarse en el centro zonal de San Gil, regional Santander, hecho que no fue controvertido por las partes durante el trámite de la acción de tutela.

Ante este panorama, cabe aclarar que el uso de la lista de elegibles por parte del juez de tutela, con fundamento en estas excepcionales razones, no obsta para que el ICBF adelante los trámites administrativos, financieros y presupuestales para legalizar su uso. Por otro lado, también advierte la Sala que, para el momento en que se cumplió con la orden de nombramiento en período de prueba del accionante (2 de septiembre de 2019[60]), la Comisión Nacional del Servicio Civil no había dictado los lineamientos para la provisión de forma definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa mediante concursos de ascenso, como lo ordena la Ley 1960 de 2019, por lo que se entiende que la vacante en la que fue nombrado el accionante estaba disponible para proveer.

3.7.5. Por último, respecto del encargo hecho a la señora Benítez Vásquez, esta Corporación considera que se verificó uno de los supuestos de hecho que da lugar a su finalización, esto es, que el cargo sea provisto de forma definitiva por un funcionario de carrera[61], supuesto que se configuró con la autorización que en este caso se dio por el juez de tutela para el uso de la lista de elegibles para cubrir una vacante definitiva generada con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016, tal como lo permite la Ley 1960 de 2019.

3.7.6. Siguiendo lo expuesto, se procederá a confirmar la decisión dictada por el Tribunal Administrativo de Santander el 3 de julio de 2019, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- Por las razones expuestas en esta providencia, **CONFIRMAR** la sentencia proferida 3 de julio de 2019 por el Tribunal Administrativo de Santander, en la acción de amparo promovida por el señor José Fernando Ángel Porras en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

---

[60] Según lo informó el ICBF en el escrito mediante el cual solicitó la revisión del expediente, el nombramiento y posesión del accionante se hizo efectivo en Resolución 7554 del 2 de septiembre de 2019.

[61] Decreto 1083 de 2015. *"**Artículo 2.2.5.3.1.** Provisión de las vacancias definitivas. Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo. // Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda. // Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera. // Las vacantes definitivas en empleo de periodo o de elección se proveerán siguiendo los procedimientos señalados en las leyes o decretos que los regulan."*

Segundo.- Por Secretaría General, **LÍBRESE** la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado Sustanciador

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Con salvamento de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

CONSEJERA PONENTE: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020)

Radicación: 11001-03-15-000-2020-01727-00
Demandante: ROBERTO SALAZAR FERNÁNDEZ
Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
Referencia: SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala decide la acción de tutela interpuesta por el señor Roberto Salazar Fernández contra el Tribunal Administrativo del Tolima.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

El 5 de mayo de 2019 (fls. 1 a 23, expediente digital -2.), el señor Roberto Salazar Fernández, en nombre propio, interpuso acción de tutela contra el Tribunal Administrativo del Tolima, porque consideró vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. Formuló las siguientes pretensiones (fl. 22, expediente digital -2.):

> *Primera: Se ampare mi derecho fundamental al debido proceso (art. 29 constitucional), al acceso a la administración de justicia (art. 229 constitucional) y el principio de confianza legítima ligado al a buena fe del operador judicial.*
>
> *Segundo: Que, en concordancia con lo anterior se deje sin efectos el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, de fecha 14 de abril de 2020 y su aclaración de fecha 21 de abril de 2020, dentro de la acción de tutela No 73001-33-33-005-2020-00058-01.*

1.2. Hechos

Los supuestos fácticos de la solicitud de amparo se resumen así:

El 14 de febrero de 2020, en ejercicio de la acción de tutela, las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán demandaron al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la Comisión Nacional del Servicio Civil, con el fin de que se ampararan los derechos fundamentales de acceso a la carrera administrativa por meritocracia, a la igualdad, al trabajo y al debido proceso y, en consecuencia, se resolviera lo siguiente:

> *Segundo: Se ordenen a la CNSC y al ICBF que, en el término de 48 horas siguientes al fallo de tutela, realicen los trámites administrativos pertinentes para que se dé cumplimiento a lo ordenado en el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use en estricto orden de mérito, la lista de elegibles que se conformó a través de la Resolución CNSC – 20182230073855 del 18-07-2018, Código OPEC No. 34795, en el cargo de carrera denominado DEFENSOR DE FAMILIA, código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016, para que nombren en periodo de prueba a los actores, en 3 de las 4 vacantes definitivas que se encuentran provistas en provisionalidad en la ciudad de Ibagué, mediante las resoluciones No. 0773 del 2018 y No. 0907 de 2017.*

En el auto admisorio de la tutela, se vinculó como tercero con interés, entre otros, al señor Roberto Salazar Fernández, quien ejerce en provisionalidad uno de los cargos respecto de los cuales se solicitó el nombramiento en propiedad de las entonces accionantes.

El Juzgado Quinto Administrativo Oral de Ibagué, en providencia del 26 de febrero de 2020, negó las pretensiones de la tutela.

La anterior decisión fue objeto de impugnación ante el Tribunal Administrativo del Tolima, el que, en fallo del 14 de abril del año en curso, revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, le concedió la tutela a las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán, por lo que le ordenó al ICBF que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación, le solicitara *"a la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC la autorización del uso de la lista de elegibles y efectúe los trámites administrativos necesarios para nombrar y posesionar en periodo de prueba"* a las accionantes, en los cargos vacantes de defensor de Familia, código 2125, grado 17, del Centro Zonal Jordán, Regional Tolima, *"conforme a la resolución CNSC – 20182230073855 del 18 de julio de 2018".*

1.3. Argumentos de la tutela

El señor Roberto Salazar Fernández considera que, en la providencia del 14 de abril de 2020, el Tribunal Administrativo del Tolima incurrió en defecto fáctico al interpretar erróneamente el artículo 4° de los actos administrativos emitidos por la CNSC en la convocatoria 433 de 2016. A su juicio, si con posterioridad a dicha convocatoria la entidad disponía de otros cargos vacantes, lo que se debía hacer era adelantar un nuevo concurso.

De otra parte, considera el hoy demandante que el despacho accionado incurrió en defecto sustantivo por la *"aplicación inaceptable de la ley 1960 de 2019",* para lo cual simplemente hizo varias transcripciones, sin hacer referencia al origen de los mismos, ni a su relación con el caso concreto.

En síntesis, del confuso escrito de tutela, infiere la Sala que el señor Salazar Fernández se encuentra inconforme con la providencia del 14 de abril de 2020, dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima, pues el cargo que él actualmente ocupa en provisionalidad, no fue ofertado en la Convocatoria 433 de 2016, toda vez que hace parte de 4 vacantes que surgieron con posterioridad a la misma, razón por la cual considera que no se puede hacer uso de la lista de elegibles de la convocatoria en mención para proveer su cargo.

2. Trámite impartido e intervenciones

Mediante auto del 12 de mayo de 2020 (fl. 1 a 3, expediente digital -17.), se admitió la presente acción de tutela y se ordenó que aquel se notificara a las partes y, como terceros con interés, al presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil, a la directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a los señores Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo, Yennifer Gaitán, Andrea del Rocío Arciniegas, Horacio Trillos Pérez, así como a las demás personas que conforman el registro de elegibles para proveer vacantes del empleo de carrera denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, ofertado mediante la convocatoria No. 433 de 2016 del ICBF, código OPEC No. 34795. Asimismo, se ordenó notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

En escrito del 18 de mayo del año en curso, el señor Roberto Salazar Fernández pidió como medida cautelar lo siguiente:

> *PRIMERA: Se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cancelar el reporte de la OPEC 34795, en el aplicativo Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad (SIMO).*
>
> *SEGUNDA: Se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la suspensión del uso de la lista de elegibles conformada mediante resolución 20182230073855 del 18 de julio de 2018 de la CNSC con número OPEC 34795, hasta tanto el juez de tutela se pronuncie y se agote todo el procedimiento estatuido en el Decreto 2591 de 1991 en materia de Acción Constitucional, es decir, hasta que se surta la eventual revisión por parte de la Corte Constitucional, y a fin de evitar un perjuicio irremediable del accionante y a su núcleo familiar, solicitamos la suspensión antes referida (…). Lo anterior conforme lo estipula el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991.*
>
> *(…)*
>
> *TERCERA: Se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la suspensión del uso de las listas de elegibles conformadas a nivel nacional en virtud de la convocatoria 433, realizando movimientos de personal con incidencia en el asunto que se debate, hasta tanto el juez de tutela se pronuncie y se agote todo el procedimiento estatuido en el Decreto 2591 de 1991 en materia de Acción Constitucional, es decir, hasta que se surta la eventual revisión por parte de la Corte Constitucional, y a fin de evitar un perjuicio irremediable del accionante y a su núcleo familiar, solicitamos la suspensión antes referida.*

Mediante auto del 2 de junio de 2020 (fls. 1 a 4, expediente digital 58.), el despacho sustanciador del proceso negó la solicitud de medida provisional.

2.1. La señora Alexis Díaz González (fls. 1 a 53, expediente digital -25.) rindió el informe respectivo y solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela de la referencia, porque no se demostró la vulneración de los derechos fundamentales del accionante.

En relación con el asunto bajo estudio, señaló que en la actualidad existe un acto administrativo cobijado bajo la presunción de legalidad, por lo que es susceptible de control judicial ante la jurisdicción contenciosa administrativa, lo que hace que la tutela interpuesta por el señor Salazar Fernández sea improcedente al no cumplir con el requisito de la subsidiariedad.

2.2. Al igual que el accionante, la señora Andrea del Rocío Arciniegas Forero (fls. 1 a 10, expediente digital -26.) solicitó que se dejara sin efectos jurídicos el fallo del 14 de abril de 2020, al considerar que fue producto de fraude procesal y que no existe otro mecanismo de defensa judicial para amparar sus derechos fundamentales.

Lo anterior, toda vez que la señora Arciniegas Forero también ocupaba el mismo cargo en provisionalidad y el ICBF terminó su nombramiento para posesionar a la señora Martha Cecilia Arroyo, con ocasión del fallo de tutela que hoy se ataca.

2.3. El señor Andrés Felipe Pérez Granobles (fls. 1 y 2, expediente digital -27.) se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en la acción de la referencia, pues, en su criterio, carece de fundamento legal. Agregó que el fallo de tutela atacado dio aplicación y cumplimiento a las normas que rigen la carrera administrativa en el país, sin que se evidencie la configuración de los defectos alegados por el señor Salazar Fernández.

2.4. La Comisión Nacional del Servicio Civil (fls. 1 a 4, expediente digital -28.) solicitó que se negaran las pretensiones de la tutela, por no haberse acreditado el desconocimiento ni la violación de los derechos fundamentales invocados por el accionante.

Señaló que el señor Roberto Salazar Fernández también concursó en la convocatoria 433 de 2016, para el empleo con código OPEC No. 34795, denominado Profesional Universitario, código 2125, grado 17, y que ocupó la posición n° 39 en la lista de elegibles, por lo que se evidencia que, ante la falta de mérito, pretende, por vía de tutela, conservar un cargo que había ejercido en provisionalidad, sin tener en cuenta que el mismo se debe proveer en carrera administrativa.

Expuso que la CNSC, consecuente con la Ley 1960 de 2019, expidió el Criterio Unificado para establecer el lineamiento mediante el cual aplica el uso de listas de elegibles para proveer cargos vacantes, creados después de convocar al concurso de méritos y que correspondan a mismos empleos a los convocados, en denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, razón por la cual la petición del señor Salazar Fernández carece de fundamento.

2.5. El ICBF (fls. 1 a 9, expediente digital -29.) rindió el informe respectivo y manifestó que la tutela interpuesta por el señor Salazar Fernández es improcedente, porque busca dejar sin efectos una orden judicial impartida en otro fallo de tutela, sin que se configure ninguna de las excepciones expuestas por la Corte

Constitucional para su procedencia.

Adujo que la terminación del nombramiento provisional del accionante obedeció a la concurrencia de una causal objetiva, como lo es el nombramiento en período de prueba de la persona que, a partir del mérito, superó todas las etapas del Concurso de Méritos de la Convocatoria 433 de 2016, y también, de manera indirecta, coincidió con el cumplimiento de una sentencia judicial, por medio de la cual se ordenó el nombramiento de otras personas que se encontraban en la lista de elegibles que fue utilizada para proveer los empleos equivalentes, dentro de los cuales se encontraba el desempeñado por el señor Salazar Fernández, sin que se evidencie la vulneración de sus derechos fundamentales.

2.6. El señor Manuel Orlando Mena Zapata (fls. 1 a 27, expediente digital -31.), como tercero con interés al haber participado en la Convocatoria ICBF 433 de 2016, realizó un resumen normativo del caso y solicitó que se negaran las pretensiones de la tutela y que esta Corporación se pronunciara de fondo sobre la relación de la Ley 1960 de 2019 y los criterios unificados expedidos por la CNSC el 1° de agosto de 2019 y 16 de enero de 2020, para así establecer el uso de las listas de elegibles vigentes en vacantes creadas con posterioridad.

2.7. La señora María Camila Arroyave Arias (fls. 1 a 8, expediente digital -32.) solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela, por no cumplir con los requisitos establecidos por la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Expuso que, en el caso concreto, no se agotaron los medios de defensa judicial, pues, a la fecha, no se ha establecido si procede o no la revisión de la tutela atacada ante la Corte Constitucional; tampoco se demostró de manera clara y suficiente que la decisión adoptada en la sentencia hubiera sido producto de una situación de fraude y, finalmente, no se evidenció la vulneración de los derechos fundamentales alegados por el accionante.

2.8. La señora Yennifer Ruiz Gaitán (fls. 1 a 29, expediente digital -33.), en su informe, solicitó no dar continuidad al trámite de la tutela de la referencia, por cuanto no reúne los requisitos especiales de procedibilidad exigidos para cuestionar otra acción de la misma naturaleza. Agregó lo siguiente:

> *Acceder a la vinculación en la función pública en carrera administrativa requiere de a travesar* (sic) *un proceso estricto de selección, de tal magnitud que se convierte en un derecho digno de ser amparado constitucionalmente, para lo cual incluso el señor Roberto Salazar Fernández concursó y se encuentra en la misma lista de elegible conformada mediante Resolución 20182230073855 en turnos subsiguientes al nuestro, no obstante, al no existir en este momento vacantes suficientes con las que pueda ser nombrado, el señor busca argumentos legales y jurisprudenciales que han perecido por el cambio de legislación y se aferra a ellos a sabiendas de que de encontrase en mejor posición dentro de la lista, hubiese acudido a solicitar el mismo amparo que solicitamos las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y la suscrita Yennifer Ruiz Gaitán, para el reconocimiento de nuestros derechos a ser vinculadas en Carrera Administrativa.*

2.9. Los señores Carlos Andrés Vega Mendoza (fls. 1 a 17, expediente digital -34.) y Lauren Vanessa Martínez Pezzano (fls. 1 a 16, expediente digital -35.) presentaron un informe para coadyuvar la solicitud de amparo del señor Salazar Fernández, en el que manifestaron que también ejercen en provisionalidad cargos de defensor de familia del ICBF y que en la decisión atacada se configuró la cosa juzgada fraudulenta, contradiciendo el precedente establecido por la Corte Constitucional en sentencia SU-446 de 2011.

2.10. El Tribunal Administrativo del Tolima pidió que se negaran las pretensiones de la demanda, para lo cual señaló que el accionante pretende usar la tutela como una tercera instancia, sin que se hubieran configurado los defectos alegados por la parte actora, toda vez que la decisión judicial demandada fue proferida con base en las pruebas aportadas al proceso y las normas aplicables al caso concreto.

II. CONSIDERACIONES

1. Cuestión previa

Los señores Andrea del Rocío Arciniegas Forero, Carlos Andrés Vega Mendoza y Lauren Vanessa Martínez Pezzano presentaron escrito en el que indicaron que coadyuvaban las pretensiones de la acción de tutela presentada por el señor Roberto Salazar Fernández.

Sobre la coadyuvancia en la acción de tutela, se resalta que está expresamente prevista en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, que establece que las personas que tengan interés legítimo en el resultado del proceso también pueden intervenir para coadyuvar u oponerse a las pretensiones de la demanda.

Así mismo, el artículo 71 del Código General del Proceso, aplicable al trámite de la acción de tutela por remisión del artículo 4 del decreto 306 de 1992, prevé que las personas que tengan relación sustancial con una de las partes del proceso pueden intervenir como coadyuvantes mientras no se haya dictado sentencia de segunda instancia.

Bajo este contexto, de conformidad con los artículos 13 del Decreto 2591 de 1991 y 71 del Código General del Proceso, la Sala reconoce como coadyuvantes de la parte actora a los señores Andrea del Rocío Arciniegas Forero, Carlos Andrés Vega Mendoza y Lauren Vanessa Martínez Pezzano, ya que probaron tener interés en la resolución del presente asunto y apoyan las pretensiones de la demanda, lo que resulta legítimo pues, al igual que el accionante, ocupan en provisionalidad un cargo de carrera que puede ser provisto por las listas de elegibles que se encuentran vigentes.

2. La acción de tutela contra providencias judiciales

La acción de tutela es un mecanismo judicial cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley.

La tutela procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, el otro mecanismo de defensa debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado, siempre que esté acreditada la razón para conferir la tutela.

En principio, la Sala Plena de esta Corporación consideraba que la acción de tutela era improcedente contra las providencias judiciales; sin embargo, a partir del año 2012[1], cambió su postura, de conformidad con las reglas que ha fijado la Corte Constitucional, en el sentido de estudiarlas cuando exista violación flagrante de algún derecho fundamental.

[1] Sentencia del 31 de julio de 2012, expediente No. 2009-01328-01(IJ), M.P. María Elizabeth García González.

Con todo, la tutela no puede convertirse en la instancia adicional de los procesos judiciales, pues los principios de seguridad jurídica y de coherencia del ordenamiento jurídico no permiten la revisión permanente y a perpetuidad de los mismos.

Entonces, para aceptar la procedencia de esta acción constitucional contra providencias judiciales, el juez de tutela debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales y específicos que fijó la Corte Constitucional, en la sentencia C-590 de 2005.

Según la Corte, los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son: (i) que el actor indique los hechos y las razones en que se fundamenta la acción; (ii) que el accionante hubiera utilizado todos los mecanismos judiciales ordinarios y extraordinarios a su alcance para la protección de sus derechos fundamentales (subsidiariedad); (iii) que la acción se hubiera interpuesto en un término prudencial (inmediatez); (iv) que el asunto sea de evidente relevancia constitucional y (v) que no se trate de una decisión proferida en sede de tutela.

En relación con este último requisito general, cabe anotar que la Corte Constitucional, en sentencia SU-627 de 2015, estableció que la acción de tutela contra decisiones proferidas en sede de tutela procede en dos eventos excepcionales.

El primero de ellos se presenta cuando la solicitud de amparo está dirigida contra actuaciones del proceso ocurridas antes de la sentencia, consistentes, por ejemplo, en la omisión del deber del juez de informar, notificar o vincular a terceros que podrían verse afectados con la decisión. El segundo, por su parte, acaece cuando con la acción de tutela se busca proteger un derecho fundamental que habría sido vulnerado en el trámite del incidente de desacato.

Una vez la acción de tutela supere el estudio de las causales anteriores, llamadas genéricas, el juez puede conceder la protección siempre que advierta la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo: (i) defecto sustantivo, (ii) defecto fáctico, (iii) defecto procedimental absoluto, (iv) defecto orgánico, (v) error inducido, (vi) decisión sin motivación, (vii) desconocimiento del precedente y (viii)

violación directa de la Constitución. La Corte Constitucional describió tales causales, así:

> *a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.*
>
> *b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.*
>
> *c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.*
>
> *d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.*
>
> *e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.*
>
> *f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.*
>
> *g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.*
>
> *h. Violación directa de la Constitución.*

Conviene decir, además, que al demandante le corresponde identificar y sustentar la causal específica de procedibilidad y exponer las razones que sustentan la violación de los derechos fundamentales. Para el efecto, no basta con manifestar inconformidad o desacuerdo con las decisiones tomadas por los jueces de instancia, sino que es necesario que el interesado demuestre que la providencia cuestionada ha incurrido en alguna de las causales específicas para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. De lo contrario, la tutela carecería de relevancia constitucional.

Justamente, las causales específicas que ha decantado la Corte Constitucional (y que han venido aplicando la mayoría de las autoridades judiciales) buscan que la tutela no se convierta en una instancia adicional para que las partes reabran discusiones que son propias de los procesos judiciales ordinarios o expongan los argumentos que dejaron de proponer oportunamente.

Por último, cabe anotar que, en recientes pronunciamientos[2], la Corte Constitucional ha restringido aún más la posibilidad de cuestionar, por vía de tutela, las providencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. En ese sentido, la Corte señaló que, además del cumplimiento de los requisitos generales y la configuración de una de las causales específicas antes mencionados, la acción de tutela contra providencias proferidas por los denominados órganos de cierre, «*sólo tiene cabida cuando una decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límites de los derechos fundamentales o cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad, esto es, cuando se configura una anomalía de tal entidad que exige la imperiosa intervención del juez constitucional*».

3. Problema jurídico

En primer lugar, corresponde a la Sala determinar si la presente solicitud de amparo cumple los requisitos generales establecidos por la Corte Constitucional para este tipo de casos y, en particular, si se aviene a las pautas fijadas en la sentencia SU-627 de 2015 para la procedencia excepcionalísima de la tutela contra actuaciones o decisiones adelantadas o proferidas, según el caso, dentro del trámite de otra acción de tutela. De ser así, esto es, si se cumplen los requisitos generales, deberá abordarse el estudio de fondo del asunto, con el fin de establecer si el despacho judicial accionado vulneró los derechos fundamentales invocados por el señor Roberto Salazar Fernández.

3.1. Procedencia excepcional de la tutela contra tutela

Como ya se expuso, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-627 del 1° de octubre 2015, unificó el criterio en relación con la procedencia excepcional de la acción de tutela contra sentencias o actuaciones adelantadas en una acción de tutela. Al respecto, dijo lo siguiente:

> *4.6.1. Para establecer la procedencia de la acción de tutela, cuando se trata de un proceso de tutela, se debe comenzar por distinguir si ésta se dirige contra la sentencia proferida dentro de él o contra una actuación previa o posterior a ella.*

[2] Ver, entre otras, las sentencias SU-917 de 2010 y SU-573 de 2017.

> *4.6.2. Si la acción de tutela se dirige contra la sentencia de tutela, la regla es la de que no procede.*
>
> *4.6.2.1. Esta regla no admite ninguna excepción cuando la sentencia ha sido proferida por la Corte Constitucional, sea por su Sala Plena o sea por sus Salas de Revisión de Tutela. En este evento solo procede el incidente de nulidad de dichas sentencias, que debe promoverse ante la Corte Constitucional.*
>
> *4.6.2.2. Si la sentencia de tutela ha sido proferida por otro juez o tribunal de la República, la acción de tutela puede proceder de manera excepcional, cuando exista fraude y por tanto, se esté ante el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta, siempre y cuando, además de cumplir con los requisitos genéricos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, (i) la acción de tutela presentada no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada; (ii) se demuestre de manera clara y suficiente, que la decisión adoptada en la sentencia de tutela fue producto de una situación de fraude (Fraus omnia corrumpit); y (iii) no exista otro medio, ordinario o extraordinario, eficaz para resolver la situación.*
>
> *4.6.3. Si la acción se* (sic) *de tutela se dirige contra actuaciones del proceso de tutela diferentes a la sentencia, se debe distinguir si éstas acaecieron con anterioridad o con posterioridad a la sentencia.*
>
> *4.6.3.1. Si la actuación acaece con anterioridad a la sentencia y consiste en la omisión del juez de cumplir con su deber de informar, notificar o vincular a los terceros que serían afectados por la demanda de tutela, y se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, la acción de tutela sí procede, incluso si la Corte Constitucional no ha seleccionado el asunto para su revisión.*
>
> *4.6.3.2. Si la actuación acaece con posterioridad a la sentencia y se trata de lograr el cumplimiento de las órdenes impartidas en dicha sentencia, la acción de tutela no procede. Pero si se trata de obtener la protección de un derecho fundamental que habría sido vulnerado en el trámite del incidente de desacato, y se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, la acción de tutela puede proceder de manera excepcional.*

De conformidad con lo anterior, son tres las excepciones planteadas por la Corte Constitucional, para que proceda la acción de tutela contra sentencias o actuaciones adelantadas en otros procesos de tutela:

a. Contra la sentencia de tutela proferida por un juez, diferente a la Corte Constitucional, siempre y cuando se demuestre que la nueva tutela no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada, que la decisión adoptada fue producto de una situación de fraude, y que no exista otro medio eficaz, ordinario o extraordinario, para resolver la situación.

b. Contra actuaciones del proceso de tutela anteriores a la sentencia, que pueden consistir, entre otras, en no haber informado, notificado o vinculado a los terceros que serían afectados con la decisión.

c. Contra actuaciones posteriores a la sentencia de tutela, cuando se trate de proteger un derecho fundamental que habría sido vulnerado en el trámite del incidente de desacato.

Sin embargo, para la Corte, en cualquiera de los anteriores escenarios, sigue siendo exigible el cumplimiento de los demás requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, como lo son el de la relevancia constitucional.

3.2. De la relevancia constitucional

En sentencia del 5 de agosto de 2014[3], la Sala Plena de esta Corporación señaló que el requisito de la relevancia constitucional tiene como finalidad (i) proteger la autonomía e independencia judicial y (ii) evitar que el juez de tutela se inmiscuya en asuntos que le corresponde resolver a otras jurisdicciones. De ahí que, para determinar si una solicitud de amparo de tutela tiene o no relevancia constitucional, es necesario examinar dos elementos.

El primero de ellos consiste en que el actor cumpla su carga argumentativa, esto es, que justifique suficientemente la relevancia constitucional por vulneración de derechos fundamentales. Debe tenerse en cuenta que para ello "*[n]o basta, entonces, aducir la vulneración de derechos fundamentales para cumplir este requisito de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales*".

El segundo hace referencia que la acción de tutela no se erija en una instancia adicional al proceso ordinario en el cual fue proferida la providencia acusada, toda vez que este valioso mecanismo de estirpe constitucional fue creado para proteger derechos fundamentales y no para que las partes de un proceso judicial ventilen sus discrepancias con las providencias que allí se dicten.

Ciertamente, la tutela no puede convertirse en la instancia adicional de los procesos judiciales, pues los principios de seguridad jurídica y de coherencia del ordenamiento jurídico no permiten la revisión permanente y a perpetuidad de las decisiones de los jueces y, por tanto, no puede admitirse, sin mayores excepciones, la procedencia de la tutela contra providencias judiciales

[3] Expediente número: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ), M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

4. Caso concreto y solución del problema jurídico

En el caso bajo estudio, el señor Roberto Salazar Fernández alegó que, en la providencia del 14 de abril de 2020, el Tribunal Administrativo del Tolima incurrió en defecto fáctico y sustantivo al permitir el uso de la lista de elegibles, que se conformó como resultado de la Convocatoria 433 de 2016, a fin de proveer cargos que surgieron con posterioridad a la misma.

Ahora, si bien se pueden cuestionar decisiones proferidas en otra tutela, en el presente caso la solicitud de amparo carece de relevancia constitucional, porque se está ejerciendo para convertir este valioso mecanismo de protección de los derechos fundamentales en una instancia adicional al proceso de tutela promovido por las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán, en el cual el hoy demandante estuvo vinculado como tercero interesado desde el auto admisorio y tuvo la oportunidad de intervenir.

De la simple comparación entre los argumentos esgrimidos en la intervención del señor Salazar Fernández en el otro proceso de tutela y los propuestos en la demanda de la referencia, se evidencia que los vicios en que supuestamente incurrió la autoridad judicial demandada, fueron invocados para continuar con el debate jurídico que ya fue decidido.

En efecto, en ambas instancias surtidas en la acción de tutela presentada por las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán, el juez constitucional resumió la contestación de los señores Roberto Salazar Fernández y Andrea del Rocío Arciniegas Forero, así:

> *Se opusieron a todas y cada una de las pretensiones señalando que los cargos provistos en provisionalidad, no fueron objeto de la convocatoria No. 433 de 2016, y que conforme al principio de vigencia normativa no le es aplicable a la convocatoria en mención la ley 1960 de 2019, dado que la convocatoria es de 2016, la lista quedó en firme el julio de 2018 y la vigencia de la norma se da a partir del año 2019.*
>
> *Expresan que la acción de tutela es improcedente para discutir la controversia planteada por los accionantes como quiera que existe un mecanismo principal para suscitar su controversia ante la jurisdicción contenciosa administrativa, máxime cuando no se logra comprobar un peligro inminente e irremediable causado cuando la accionante Yennifer Ruiz Gaitán, a la fecha ostenta el cargo de Defensora de Familia, código 2125, grado 17 del ICBF regional Tolima.*

Esos argumentos fueron resueltos razonablemente tanto por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Ibagué como por el Tribunal Administrativo del Tolima, el que, mediante providencia del 14 de abril de 2020 (fls. 1 a 17, expediente digital -8.), expuso lo siguiente:

> *La Corte Constitucional en numerosas oportunidades ha sentado jurisprudencia en el sentido de que "las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme"5. De igual manera se ha establecido pacíficamente que las bases del concurso se convierten en reglas particulares de obligatorio cumplimiento tanto para los participantes como para la entidad convocante, razón por la cual deben ser respetadas y resultan inmodificables y 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.*
>
> *Por otra parte, es posible que el legislador o la misma entidad convocante, permita hacer uso del registro de elegibles para proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Así lo ha entendido la Corte constitucional en distintos fallos, el primero de ellos fue la sentencia C-319 de 2010, en el marco del estudio de constitucionalidad del artículo 145 de la Ley 201 de 1995, una norma especial que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, creó para la Defensoría del Pueblo, en el que establecía la posibilidad de utilizar la lista de elegibles para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación. En esta oportunidad, la Corte resolvió declarar exequible la norma demanda entendiendo que una interpretación conforme con la Constitución apuntaba a que cuando se tratara de proveer una vacante de grado igual, que tuviera la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador.*
>
> *En esta providencia, la Corte Constitucional, acogió el criterio según el cual, las listas de elegibles, mientras estén vigentes, pueden ser extendidas o utilizadas para proveer empleos adicionales a los originalmente ofertados, siempre y cuando sean iguales a los inicialmente sacados a concurso. Ello porque (i) de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución, la regla general es que los empleos públicos son de carrera y deben ser provistos a través de concursos públicos que permitan comprobar, verificar y medir el mérito; y (ii) en virtud de la aplicación de criterios de razonabilidad, eficiencia y economía en el gasto público, de tal manera que se le dé el mayor uso posible a la lista de elegibles mientras esté vigente.*
>
> *En otra ocasión, la Corte marcó un precedente jurisprudencial mediante la sentencia SU-446 de 2011, en la cual adopta una posición claramente distinta al estudiar la utilización de las listas de elegibles en el sistema de carrera de la Fiscalía General de la Nación, producto de las múltiples tutelas que se habían interpuesto por la utilización de las listas que se generaron con los concursos realizados en el año 2007 por dicha entidad. En esta providencia sostuvo que "el registro de elegibles debe ser utilizado únicamente para llenar exclusivamente las vacantes señaladas en la respectiva convocatoria" (...) "teniendo en cuenta que las pautas o reglas de los concursos públicos para el acceso a la carrera son inmodificables y que a la Administración no le es dado hacer ninguna variación de ellas porque se lesionarían los derechos y principios propios del Estado Social de Derecho que nos rige".*

No obstante lo anterior, aclaró que dicha sentencia en nada contradecía a la sentencia C-319 de 2010, pues tanto el Legislador cuando regula uno de los regímenes de carrera especial, o la «entidad convocante», pueden disponer la posibilidad de que la lista de elegibles sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente ofertados en el concurso de méritos, siempre que estos sean de la misma naturaleza, perfil y denominación que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria […].

De acuerdo con lo expuesto, la Corte Constitucional acepta que la «entidad convocante» pueda disponer la posibilidad de que la lista o registro definitivo de elegibles, sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente de oferta en el concurso de méritos, siempre que dicha regla sea prevista en las reglas del concurso, es decir, en las bases de la convocatoria, y que estos nuevos empleos sean de la misma denominación, naturaleza y perfil que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria.

El Consejo de Estado también se ha ocupado de estudiar la legalidad de la regla que habilita el uso de la lista de elegibles para proveer cargos que no fueron ofertados en la convocatoria a concurso, siempre que sean equivalentes o similares […].

Así las cosas, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, señalaron, que la «entidad convocante» pueda disponer la posibilidad de que la lista o registro definitivo de elegibles, sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente de oferta en el concurso de méritos, siempre que: (i) dicha regla sea prevista en las reglas del concurso, es decir, en las bases de la convocatoria, y (ii) que estos nuevos empleos sean de la misma denominación, naturaleza y perfil que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria […].

Dentro de la convocatoria 433 de 2016, las actoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán, se presentaron al empleo con código OPEC no. 34795, denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, toda vez que en la convocatoria Nro. 433 de 2016 – ICBF solo se ofertaron 23 vacantes para dicho empleo, las cuales fueron debidamente ocupadas, y las cuatro vacantes existentes surgieron con posterioridad.

De conformidad con las premisas expuestas en la parte considerativa, la sala encuentra que las pautas de la convocatoria son inmodificables tal como ha sido reiterado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Así mismo, dichas pautas obligan tanto a la entidad que convoca como a quienes participan sin que pueda ser modificado, porque de lo, como se observó con anterioridad, se estaría violando la confianza legítima y el principio de buena fe de quienes participaron. No puede ser atendible, como ocurre en el caso concreto, que se modifiquen circunstancias que afectan el derecho de quienes participaron en la convocatoria aspirando a la posibilidad por una parte de ocupar la vacante para la cual concursaron o por otra de optar por un empleo equivalente. Cercenar una de las posibilidades que existía implica un cambio sustancial en las normas de la convocatoria que afectan indudablemente a quienes tenían la confianza legítima de hacer parte de la carrera administrativa a través del concurso de méritos.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que aunque la redacción original del numeral 4° del artículo 31 de la ley 909 del 23 de septiembre de 2004 dictó que con la lista de elegibles "se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso", la ley 1960 del 27 de junio de 2019, modificó tal artículo, según el

cual con la lista de elegibles "se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad".

Resulta, entonces, evidente que ha operado un tránsito de legislación en cuya virtud, compete la sala evaluar si se dan los presupuestos para que la Ley 1960 de 2019 sea aplicable a Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán o si, por el contrario, debe seguirse con la Ley 909 de 2004 sin modificaciones.

Respecto a esto, es claro que, por regla general, las normas rigen hacia el futuro una vez son divulgadas, y excepcionalmente regirán ultractiva o retroactivamente, pero adicionalmente se ha aceptado otra modalidad de aplicación temporal de las normas denominada retrospectividad, que a las luces de la sentencia T-564 de 2015 consiste en:

> *"...la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva.*
>
> *En este sentido, ha sido unánimemente aceptado por la jurisprudencia de todas las Altas Cortes que si bien en principio las normas jurídicas solo tienen aplicabilidad a situaciones que tuvieron lugar con posterioridad a su vigencia, ello no presenta impedimento alguno para que, en los casos en los que la situación jurídica no se ha consolidado o sus efectos siguen surtiéndose, una nueva norma pueda entrar a regular y a modificar situaciones surtidas con anterioridad a su vigencia."*

Como consecuencia de lo anterior, siendo la generalidad de las leyes que surjan efectos ex nunc, una norma posterior podrá regular situaciones anteriores siempre y cuando sean meras expectativas y no situaciones jurídicas consolidadas, como quiera que de estas últimas se entenderán finiquitadas sus consecuencias bajo la ley antigua.

Bajo esta premisa de que los aspirantes que figuran en una lista de elegibles cuentan con una mera expectativa salvo aquél que ocupe el primer lugar, único de quien se predica un derecho adquirido, y teniendo de presente que el nominador no cuenta con una facultad sino con un deber al momento de recurrir a la lista de elegibles, a efectos de proveer un cargo de grado y denominación iguales para el cual se abrió originalmente el concurso de méritos, la sala encuentra que es dable aplicar retrospectivamente la Ley 1960 de 2019 a las accionantes, puesto que su situación no se encuentra consolidada dentro de la Convocatoria 433 de 2016.

En resumen, considera la Sala que pretender modificar las reglas que regían la convocatoria, o hacer oponible el cambio normativo dado con el Decreto 1894 de 2012 a las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán, en aplicación del cual se revocó el artículo 4° de la resolución Nro. CNSC – 20182230073855 del 18 de julio de 2018, viola el debido proceso, que en el caso concreto deriva en una vulneración al derecho al acceso a cargos públicos y lesiona el derecho al trabajo de quien se ve privado del acceso a un empleo o función pública a pesar de la existencia de unas reglas que permitían el uso de listas de elegibles para proveer vacantes definitivas ofertadas por la convocatoria y que generaron la confianza legítima en la administración.

> *En la medida que el mérito debe ser el criterio predominante para seleccionar a quienes deben ocupar los cargos al servicio del Estado, y la jurisprudencia de la corte ha entendido que una interpretación ajustada a la Constitución apunta a que cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, que tenga la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador, la administración deberá solicitar la respectiva autorización para el uso de las listas de elegibles para los empleos con vacancia definitiva.*

Visto lo anterior, es claro que la presente solicitud de amparo deviene en improcedente, justamente porque busca revivir la discusión del proceso de tutela que ahora se cuestiona, concerniente a la viabilidad del uso de la lista de elegibles que se conformó luego de haberse concluido todas las etapas de la Convocatoria 433 de 2016, a fin de proveer unas vacantes de iguales características a las del cargo denominado defensor de familia, código 2125, grado 17, lo cual fue estudiado y resuelto razonablemente por el Tribunal Administrativo del Tolima en la providencia atacada, decisión que se fundó no solo en la ley y la jurisprudencia, sino en el mérito como postulado constitucional de indispensable aplicación en casos relacionados con el acceso a la carrera administrativa.

En conclusión, la solicitud de amparo presentada por el señor Roberto Salazar Fernández, y coadyuvada por los señores Andrea del Rocío Arciniegas Forero, Carlos Andrés Vega Mendoza y Lauren Vanessa Martínez Pezzano, no cumple con el requisito general de procedibilidad de la relevancia constitucional, porque se está ejerciendo con el claro propósito de provocar una tercera instancia que no existe en los procesos de tutela. Por tanto, se declarará improcedente.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. Declarar improcedente la acción de tutela promovida por el señor Roberto Salazar Fernández contra el Tribunal Administrativo del Tolima.

SEGUNDO. Notifíquese a las partes y a los interesados por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO. Si no se impugna, **envíese** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO. Se deja constancia de que esta providencia se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el siguiente enlace: http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL
Sala Tercera de Revisión

Sentencia T-340 de 2020

Referencia: Expediente T-7.650.952

Asunto: Acción de tutela instaurada por el señor José Fernando Ángel Porras contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil

Magistrado Ponente:
Luis Guillermo Guerrero Pérez

Bogotá DC, veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 y subsiguientes del Decreto 2591 de 1991, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de San Gil y por el Tribunal Administrativo de Santander, correspondientes al trámite de la acción de amparo constitucional promovida por el señor José Fernando Ángel Porras contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil.

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos relevantes

1.1.1. El señor José Fernando Ángel Porras afirma que participó en la Convocatoria 433 de 2016, realizada por la Comisión Nacional del Servicio

Civil (en adelante CNSC) para proveer dos empleos vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF), denominados Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, regional Santander, identificados con la OPEC 34782[1]. Así mismo, indica que la Universidad de Medellín, encargada de diseñar y practicar las etapas del concurso de méritos, le asignó un puntaje general de 73.62, con lo cual ocupó el tercer lugar.

1.1.2. Sostiene que, luego de que se surtieran todas las etapas del referido concurso, la CNSC, mediante Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, publicada el día 23 del mismo mes y año, adoptó la lista de elegibles ocupando el tercer lugar. Refiere que en el artículo 4 del mencionado acto administrativo se advirtió que, una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidaría una lista general, en estricto orden de mérito, para proveer las vacantes que no se pudieran cubrir con la lista territorial y, asimismo, dispuso que esa lista de elegibles sería utilizada *"para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados"*[2].

1.1.3. Afirma que, haciendo uso de la lista de elegibles, el 17 de agosto de 2018, el ICBF nombró y posesionó a las personas que ocuparon los dos primeros lugares en los empleos vacantes.

1.1.4. Señala que, según consta en el expediente, en el centro zonal San Gil hay tres empleos con denominación de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, pero, asegura, al momento de la convocatoria una de ellas estaba ocupada en propiedad y por esto no fue ofertada. Sin embargo, este cargo, con posterioridad al concurso, quedó en vacancia definitiva por renuncia de su titular. Con fundamento en la anterior situación, en Resolución No. 910 del 21 de enero de 2019, el Secretario General del ICBF decidió encargar a la señora Yaneth Benítez Vásquez en el empleo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, que estaba en vacancia definitiva en el centro zonal de San Gil.

1.1.5. El accionante relata que el 12 de febrero de 2019 solicitó al ICBF agotar la lista de elegibles que había sido adoptada en la Resolución del 18 de julio de 2018 y, en consecuencia, lo nombrara en período de prueba en la vacante definitiva que, para ese momento, estaba provista mediante encargo.

1.1.6. La anterior solicitud fue resuelta por el Director de Gestión Humana de la entidad el 28 de febrero del año en cita, en el sentido de indicarle que, en la Convocatoria 433 de 2016 para la OPEC 34782, solo se ofertaron dos vacantes y estas fueron provistas en el orden establecido en la lista de elegibles. Por lo demás, le informó al actor que el 22 de noviembre de 2018, en la Resolución No. 20182230156785, la Comisión Nacional del Servicio Civil revocó el artículo 4 de la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, por

[1] La convocatoria se realizó a través del Acuerdo No. 20161000001376 de 2016.
[2] Folio 23 del cuaderno principal.

lo que *"el uso de las listas de elegibles solo es aplicable respecto de la convocatoria en la que se hizo la oferta de empleo."*[3]

En adición, explicó que el parágrafo 1 del artículo 1 del Decreto 1894 de 2012, que establece las reglas para la provisión definitiva de empleos de carrera, dispone que: *"Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a 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."* De ahí que, reiteró, la lista solo es aplicable para proveer las vacantes específicamente ofertadas.

1.1.7. El 5 de marzo de 2019, el señor Ángel Porras presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la anterior respuesta. En ella sostuvo que el acuerdo que abrió a concurso las vacantes, dispuso que las listas de elegibles se utilizarían para proveer los empleos reportados en la OPEC de esa convocatoria, de suerte que lo que sigue es efectuar su nombramiento, ya que el empleo que se reportó en esa OPEC, es el mismo que estaba vacante. Adicionalmente, señaló que la derogatoria del artículo 4 de la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018 no modifica su situación, por cuanto, a su juicio, la disposición en mención aludía a la conformación de una lista de elegibles a nivel nacional, para proveer (i) las vacantes que no se pudieran surtir con la lista territorial y (ii) las nuevas vacantes que surgieran para los mismos empleos convocados.

1.1.8. En oficio del 20 de abril del mismo año, el Director de Gestión Humana del ICBF le informó que no procedía el recurso de reposición contra la respuesta dada el pasado 28 de febrero, en la medida en que no es un acto administrativo, sino que constituye un acto de ejecución, mediante el cual se da respuesta a la situación planteada por el actor. Por lo demás, reiteró los argumentos expuestos en la primera respuesta.

1.2. Solicitud de amparo constitucional

Con fundamento en los hechos descritos, el actor instauró la presente acción de tutela el día 6 de mayo de 2019, con el propósito de obtener el amparo de sus derechos al acceso a la carrera administrativa por meritocracia, a la igualdad, al trabajo y a la confianza legítima, los cuales estima vulnerados por el ICBF y la Comisión Nacional del Servicio Civil, como consecuencia de la negativa de agotar la lista de elegibles de la OPEC 34782 para cubrir la vacante de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil. Por lo anterior, exige ser nombrado y posesionado en período de prueba en el cargo de carrera previamente descrito. A ello agregó, como pretensión subsidiaria, ser nombrado y posesionado en el mismo cargo en provisionalidad.

[3] Folio 25 del cuaderno principal.

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela para satisfacer las pretensiones expuestas, resalta que esta es el único mecanismo idóneo y eficaz para proteger sus derechos, en tanto el término de vigencia de la lista de elegibles es de dos años. En respaldo de lo anterior, cita distintas decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional que avalan la procedencia excepcional del recurso de amparo para controvertir asuntos que refieren a la provisión de cargos de carrera.

Desde el punto de vista normativo, para sustentar su solicitud de nombramiento y posesión, menciona que el Acuerdo No. 20161000001376 de 2016, a través del cual se reglamentó la Convocatoria 433 del ICBF, dispuso que las listas de elegibles, durante su vigencia, se utilizarían para proveer los empleos que sean reportados en la OPEC. Así, explica que la Oferta Pública de Empleos de Carrera incluía al Defensor de Familia, código 2125, grado 17, para el cual había 762 vacantes. En este punto, explica la distinción entre vacante y empleo, ya que el este último es el de Defensor de Familia y bajo ese entendido, cualquier vacío que se presente en su titularidad, incluso con posterioridad al acto de convocatoria, debe ser provista de conformidad con la lista de elegibles vigente.

1.3. Trámite procesal

El 6 de mayo de 2019, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de San Gil admitió la acción de tutela y procedió a ordenar su notificación a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. En esta misma providencia, dispuso dar a conocer el inicio de la actuación a la señora Yaneth Benítez Vásquez, quien había sido nombrada en encargo en el empleo reclamado, al tiempo que le ordenó a la citada Comisión que, mediante correo electrónico, remitiera copia de la demanda de amparo y de su auto admisorio a los aspirantes que hacían parte de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, para que, si lo consideraban pertinente, expresaran dicho interés dentro del proceso[4]. Por último, decretó la publicación de la acción y de la primera actuación judicial en la página Web de la Rama Judicial.

1.4. Contestación de las entidades accionadas y de personas vinculadas

1.4.1. Comisión Nacional del Servicio Civil

El 9 de mayo de 2019, el Asesor Jurídico de la Comisión Nacional del Servicio Civil dio respuesta a la acción de tutela y afirmó que no ha vulnerado los derechos del actor, ya que no tiene competencia alguna respecto de la administración de la planta de personal del ICBF, por lo que solicita que, respecto de la entidad, se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Sobre los hechos que fundamentan la acción, sostiene que, en efecto, el actor ocupó el tercer lugar en la lista de elegibles para dos cargos de Defensor de Familia, grado 17, código 2125, OPEC 34782, convocados mediante Acuerdo

[4] En el expediente no obra prueba de dichas comunicaciones.

No. 20161000001376 de 2016. Así las cosas, comoquiera que únicamente se ofertaron dos empleos, el señor Ángel Porras no fue nombrado en período de prueba.

En este contexto, explica que mediante la Resolución No. 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 se revocó el artículo 4 de la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, que establecía que, para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidaría una lista general, en estricto orden de mérito, para proveer las vacantes que no se pudiesen cubrir con la lista territorial y, asimismo, que esa lista de elegibles sería utilizada *"para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados"*.

Precisa que el fundamento de tal decisión fue, por una parte, lo previsto en el Acuerdo que convocó al concurso de méritos, cuyo artículo 62 dispone que las listas de elegibles solo serán utilizadas para proveer los empleos reportados en la OPEC de esa convocatoria, con base en lo señalado en el Decreto 1894 de 2012, mientras él estuviese vigente. En este sentido, sostiene que dicho acto, compilado en el Decreto 1083 de 2015, en el artículo primero, inciso sexto, establece que, si se agotan los órdenes de previsión de empleos y éstos no se llenan con las vacantes respectivas, debe realizarse un proceso de selección específico para la entidad. A su vez, el parágrafo primero del mismo artículo señala que una vez que se provean en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles, ellas, durante su vigencia, solo podrían ser utilizadas para proveer de forma específica las vacancias definitivas que se produzcan en los empleos inicialmente provistos. Y, por otra parte, aseveró que, en la Sentencia SU-446 de 2011, se estableció como regla de decisión *"l1a imposibilidad de realizar uso de las listas de elegibles para plazas o vacantes diferentes a las inicialmente ofertadas, pues [de] hacerlo, implica[ría] un desconocimiento a las reglas de la convocatoria"*[5].

Por último, cuestiona que la acción de tutela presentada por el señor Ángel Porras cumpla con el presupuesto de subsidiariedad, ya que el asunto debe ser resuelto por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

1.4.2. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

La Jefe encargada de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto pide que se niegue el amparo propuesto. Para fundamentar su solicitud hace un recuento de los hechos en los mismos términos que lo hizo la Comisión Nacional del Servicio Civil, luego de lo cual asevera que las listas de elegibles solo son aplicables para proveer las vacantes ofertadas y señaladas en el proceso de selección. De suerte que, al quedar el señor Ángel Porras en el tercer lugar, la consecuencia es que no puede ser nombrado, ya que solo se ofertaron dos vacantes.

A continuación, anota que el derecho que tiene quien se encuentra en una lista de elegibles es a ser nombrado en el cargo para el cual concursó, lo cual está

[5] Folio 50 del cuaderno principal.

determinado por el lugar que se ocupa en la lista. De acuerdo con lo anterior, enfatiza que en el caso concreto no se vulneraron los derechos del actor, ya que el ICBF hizo los nombramientos correspondientes a las vacantes convocadas, en estricto orden de méritos.

Por último, expresa que, atendiendo al principio de legalidad y a la forma de provisión de empleos de carrera, las entidades y aspirantes deben acogerse a lo dispuesto en el Acuerdo 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, cuyo artículo 62 dispone que la lista solo será utilizada para proveer las vacantes correspondientes a las OPEC de esa convocatoria, que –para el caso del centro zonal de San Gil– eran dos.

1.4.3. Yaneth Benítez Vásquez

A pesar de haber sido debidamente notificada, la señora Benítez Vásquez guardó silencio.

1.5. Pruebas relevantes aportadas al proceso

1.5.1. Copia de la Resolución No. 20182230073845 expedida el 18 de julio de 2018 por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por la cual se integra la lista de elegibles para proveer dos vacantes del empleo OPEC No. 34782, denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF. En el documento consta que el actor quedó en tercer lugar, con un puntaje de 73,62.

1.5.2. Copia de la respuesta proferida por el ICBF el 28 de febrero de 2019, al requerimiento del accionante para que se agote la lista de elegibles contenida en la resolución citada en el numeral anterior, para nombrarlo en período de prueba en la vacante definitiva existente en el centro zonal de San Gil. En ella, el Instituto le señala que, para la OPEC No. 34782, únicamente se ofertaron dos vacantes, por lo que, al haber ocupado el tercer lugar, no procede su nombramiento. Asimismo, le informa que el uso de las listas de elegibles solo es aplicable para proveer las vacantes específicamente ofertadas.

1.5.3. Copia de la respuesta proferida por el ICBF el 20 de marzo de 2019, al *"recurso de reposición y en subsidio apelación"* presentado por el actor, en contra de la respuesta contenida en el numeral anterior. En ella, se le explica al solicitante que no proceden dichos recursos, por cuanto no es un acto administrativo que haya creado, definido, modificado o extinguido una situación jurídica.

1.5.4. Copia de la Resolución 0910 del 21 de enero de 2019, en la que el ICBF encarga el empleo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, a la señora Yaneth Benítez Vásquez.

1.5.5. Copia de una respuesta proferida por el ICBF el 3 de octubre de 2018, en la que le informan al actor que, en el centro zonal San Gil, hay tres empleos con denominación Defensor de Familia, código 2125, grado 17. Asimismo, le

informaron que dos de ellos fueron reportados con la OPEC 34782 y fueron objeto de la Convocatoria 433 de 2016. En esos dos empleos se encuentran nombradas en período de prueba las personas que ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles correspondiente.

1.5.6. Copia de la Resolución No. 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por la cual se revocó el artículo 4 de la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio del mismo año.

1.5.7. Copia del Acuerdo No. 20161000001376 del 9 de septiembre de 2016 proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante el cual se convoca a un concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF, Convocatoria No. 433 de 2016.

1.5.8. Copia de la Resolución No. 10848 del 17 de agosto de 2018, mediante la cual el ICBF termina unos nombramientos y nombra en período de prueba a las dos personas que ocuparon los primeros lugares de la lista de elegibles integrada en la Resolución No. 20182230073845 expedida el 18 de julio de 2018, para el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, del centro zonal de San Gil, en la regional Santander.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

2.1. Primera instancia

En sentencia del 20 de mayo de 2019, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de San Gil declaró improcedente el amparo solicitado, al considerar que el ordenamiento jurídico prevé los medios de control de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho para cuestionar los actos administrativos proferidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil y por el ICBF, dentro del concurso de méritos. De hecho, en ejercicio de dichos medios de control el accionante puede solicitar al juez contencioso administrativo la suspensión de los actos cuestionados como medida cautelar. Para el *a-quo*, el peticionario no logró probar la ocurrencia de un perjuicio irremediable que desplace los mecanismos ordinarios de defensa, ello comoquiera que el único argumento que esgrimió fue la vigencia de la lista de elegibles, cuando lo cierto es que, para el momento de dicho fallo, aún quedaba un año de vencimiento.

2.2. Impugnación

En escrito del 23 de mayo de 2018, el accionante impugnó la decisión del juez de primera instancia. En primer lugar, explicó que sí se encuentra ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable, ya que es el encargado de sostener a su familia de cuatro integrantes y de ayudar a su abuela, quien padece una enfermedad catastrófica. En este sentido, explica que en la actualidad ocupa un cargo en provisionalidad en la Rama Judicial, y puede ser desvinculado por un

funcionario de carrera, con lo cual quedaría sin ingresos económicos. Adicionalmente, señala que es posible que mientras se define un largo proceso contencioso –en el que, además, no existe garantía de que se decrete una medida provisional– es posible que el cargo al que aspira en el centro zonal San Gil, sea removido por una reestructuración administrativa, como ya lo ha hecho, el ICBF, en otras oportunidades.

Por otra parte, reitera que la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional ha admitido que, excepcionalmente, se decidan por vía de tutela asuntos relacionados con la provisión de cargos de carrera, cuando quiera que se esté rechazando el mérito como criterio relevante para acceder a un cargo. Ello, por cuanto en dichos eventos no solo se están protegiendo los derechos a la igualdad y al debido proceso, sino que se garantiza la vigencia del artículo 125 constitucional, que establece –como regla general– que los empleos en el Estado deben ser de carrera administrativa.

Por último, solicita que, como pretensión subsidiaria, se ordene al ICBF su nombramiento en provisionalidad en el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, que se encuentra en vacancia definitiva en el centro zonal de San Gil, en tanto es él quien ocupa el primer lugar en la lista de elegibles para la OPEC 34782.

2.3. Intervención de la señora Yaneth Benítez Vásquez

En escrito del 5 de junio de 2019, la señora Benítez Vásquez intervino en la acción de tutela para solicitar que se confirme la decisión del *a-quo*. Como fundamento de su solicitud, explica que la acción de tutela es de carácter subsidiario, por lo que las pretensiones del actor deben ser discutidas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de los medios de control de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que no se demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable y, por el contrario, lo que se evidencia es la existencia de una discusión de orden legal y reglamentaria que no le compete al juez constitucional.

2.3. Segunda instancia[6]

En sentencia del 3 de julio de 2019, el Tribunal Administrativo de Santander, decidió revocar la decisión del juez de primera instancia y, en su lugar, amparó los derechos invocados por el actor. En consecuencia, ordenó al ICBF que, en el término de 48 horas, nombrara y posesionara en período de prueba al señor Ángel Porras en el empleo identificado con el código OPEC No. 34782, denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, del centro zonal de San Gil, de conformidad con la lista de elegibles establecida en la Resolución No. 20182230073845 expedida el 18 de julio de 2018.

[6] Una magistrada del Tribunal Administrativo de Santander salvó su voto, con fundamento en la imposibilidad legal de usar una lista de elegibles para proveer un empleo que no fue inicialmente ofertado.

Para fundamentar su decisión, el Tribunal encontró que la acción de tutela era procedente, ya que la vigencia de la lista de elegibles es de solo dos años, por lo que los mecanismos judiciales, si bien son idóneos, no son eficaces para proteger sus derechos. Además, explicó que, el parágrafo 1 del artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, modificado por el Decreto 1894 de 2012[7], al establecer que las listas pueden ser usadas para proveer las vacantes que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, le da el derecho a ser nombrado 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"*[8]. De esta suerte, concluyó que al accionante le asiste un derecho adquirido a ser nombrado en el cargo para el cual concursó, lo cual hace viable acceder al amparo propuesto.

2.4. Solicitud de corrección y/o aclaración presentada por el ICBF

La Jefe Encargada de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF, en escrito del 10 de julio de 2019, solicitó la corrección o aclaración de la sentencia de segundo grado. En primer lugar, sostiene que para dar cumplimiento a la orden del Tribunal, esto es, para usar una lista de elegibles para proveer un cargo diferente al contenido en el acuerdo de convocatoria, necesita la aprobación de la Comisión Nacional del Servicio Civil, lo cual no ha ocurrido en este caso.

A su vez, solicita que aclare si el Tribunal deliberadamente decidió inaplicar la Resolución No. 20182230156785 de la CNSC que revocó el numeral 4 de todos los actos administrativos que emitieron listas de elegibles. En este punto reitera lo dicho en la contestación de la acción de tutela sobre que las listas de elegibles solo pueden ser usadas para proveer las vacantes ofertadas en el respectivo proceso de selección, que, en este caso, como lo reconoce el accionante, fueron dos.

Por último, solicita aclarar si el nombramiento en período de prueba del accionante es procedente, cuando la norma que aplicó para adoptar la decisión, Decreto 1894 de 2012, fue derogado por el Decreto 1083 de 2015, norma aplicable para el momento de los hechos, según la cual la única forma para usar listas de elegibles para proveer otros cargos, es con la vinculación en provisionalidad para ocupar vacantes temporales y no vacantes definitivas, como lo ordena el Tribunal en su decisión.

2.5. Auto que resuelve la solicitud de aclaración y/o corrección de la sentencia

En auto del 16 de julio de 2019, el Tribunal Administrativo de Santander resolvió negar la solicitud presentada por el ICBF, comoquiera que se evidenció

[7] Decreto 1227 de 2005. *"**Artículo 7.** La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden: (...) **Parágrafo1**. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a 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 artículo41de la Ley 909 de 2004."*

[8] Folio 130 del cuaderno principal.

que el propósito de la entidad demandada es que se vuelvan a estudiar los argumentos de defensa que fueron expuestos desde el inicio del trámite, lo cual no es procedente a través de la aclaración o corrección de la sentencia.

2.6. Solicitud de nulidad presentada por la señora Yaneth Benítez Vásquez

En escrito del 5 de agosto de 2019, la señora Benítez Vásquez solicitó que se declarara la nulidad de lo resuelto por el Tribunal, con fundamento en que la sentencia del *ad-quem* no analizó la figura del encargo, mediante el cual había sido provisto el cargo en el que se decidió nombrar al accionante. Así, explica que debe revocarse lo decidido el 3 de julio de 2019, en aras de preservar sus derechos de carrera, a la seguridad jurídica y a la estabilidad laboral adquirida.

2.7. Auto que resuelve la solicitud de nulidad de la sentencia

En decisión del 28 de agosto de 2019, el Tribunal Administrativo de Santander negó la solicitud presentada por la señora Benítez Vásquez, con fundamento en que no se configuró ninguna de las causales que dan lugar a la declaratoria de nulidad de la sentencia. Por el contrario, lo que se evidencia es que la citada señora pretende manifestar su inconformidad con la decisión, reclamo que no puede ser resuelto a través de la figura procesal invocada.

III. REVISIÓN POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política. El expediente fue seleccionado por medio de Auto del 31 de enero de 2020, proferido por la Sala de Selección Número Uno[9], previa insistencia presentada el 18 de diciembre de 2019 por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

En la referida solicitud, la Agencia expone que el juez de segunda instancia hizo una errada interpretación de las reglas jurisprudenciales y de las normas que rigen los concursos de méritos. Al respecto, explica que el Acuerdo No. 20161000001376 del 9 de septiembre de 2016 (mediante el cual se convocó el concurso de méritos) y el artículo 1 del Decreto 1894 de 2012 señalan que, para ser nombrada, la persona debe ocupar la primera posición de la lista de elegibles que esté en firme y ese empleo tuvo que haber sido ofertado.

[9] Durante el proceso de selección, el 18 de noviembre de 2019, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF envió un escrito a la Sala de Selección, en el que solicitó que se revisara la decisión del Tribunal Administrativo de Santander. Además de reiterar lo expuesto durante todo el proceso, advirtió primero, que la acción no cumple el requisito de subdidiaridad y segundo, que el precedente fijado por el juez de segunda instancia, ha sido usado por otros aspirantes para ser nombrados en cargos que no fueron ofertados al inicio de la convocatoria. En este sentido, explica que futuras condenas al ICBF con fundamento en este precedente pueden generar afectaciones en el cumplimiento de la función misional de la entidad, por el impacto presupuestal que genera la ejecución de las órdenes impartidas.

Adicionalmente, reitera que según la jurisprudencia de la Corte, concretamente la Sentencia SU-446 de 2011, una lista de elegibles genera en las personas que hacen parte de ella un derecho de carácter subjetivo que consiste en ser nombrada en el cargo para el cual se concursó, y dicho derecho está determinado por el lugar ocupado en la lista y las plazas o vacantes a proveer. Afirma que en dicha sentencia también se advirtió que, en concordancia con la anterior regla, las listas de elegibles son inmodificables luego de ser publicadas y quedar en firmes. A renglón seguido, resalta que dicha sentencia de unificación dispuso que las reglas del concurso son invariables y que admitir la utilización de una lista de elegibles para proveer un número mayor de empleos a los ofertados, quebranta una de las normas que lo rigen.

Por último, asevera que la Corte ya se ha pronunciado sobre los derechos de las personas que se han presentado a concursos para acceder a cargos de carrera administrativa, para salvaguardar sus derechos en los procedimientos como la realización de exámenes, revisión de documentos, entre otros. Asimismo, ha decidido casos en que quienes hacen parte de la listas de elegibles no han sido nombrados en estricto orden de mérito. Sin embargo, no ha precisado si existe un derecho de las personas que ocupan una lista de elegibles que aspiran a ser nombradas en vacantes definitivas distintas a las ofrecidas en la convocatoria, por lo que esta sería la oportunidad para realizar dichas precisiones.

Lo anterior, también lo suma a la reciente expedición de la Ley 1960 de 2019, que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de permitir que, con las listas de elegibles vigentes, se cubran las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados. Sobre este punto, explica que la Comisión Nacional del Servicio Civil aprobó un criterio unificado, según el cual la referida ley, únicamente se aplicará para los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria hayan sido aprobados después de su entrada en vigencia, esto es, el 27 de junio de 2019. Para el caso del accionante, la convocatoria fue anterior a esa fecha, por lo que no era posible su nombramiento en un cargo no convocado.

Para la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la decisión errada del Tribunal Administrativo de Santander ha generado un impacto en la litigiosidad del ICBF, pues otros aspirantes plantearon la misma tesis sostenida por ese Tribunal, por la vía de la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019. Para concluir, sostiene que *"el ICBF se verá expuesto a una litigiosidad que desconoce el precedente fijado por la Corte Constitucional"*[10] y que lo mismo podría ocurrir con cualquier otra entidad.

3.2. Esquema de resolución

Inicialmente, esta Sala de Revisión adelantará el examen de procedencia de la acción de amparo constitucional y, en caso de superarse, fijará los temas que

[10] Folio 16 del cuaderno de revisión.

serán materia de examen, para, con fundamento en ellos, resolver el caso concreto.

3.3. Examen de procedencia

3.3.1. En cuanto a la *legitimación por activa*, el artículo 86 de la Constitución Política reconoce el derecho de toda persona de reclamar mediante acción de tutela la protección inmediata de sus derechos fundamentales. Este precepto se desarrolla en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en el que se consagra que: *"la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud"*.

En la acción de tutela que se revisa se considera que el señor José Fernando Ángel Porras se encuentra legitimado en la causa por activa para promover el amparo de sus derechos fundamentales, ya que afirma ser el directamente afectado con la decisión del ICBF.

3.3.2. Respecto de la *legitimación por pasiva*, el artículo 86 del Texto Superior establece que la tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o por el actuar de los particulares, en los casos previstos en la Constitución y en la ley[11]. En este contexto, según lo señalado de manera reiterada por la Corte, en lo que respecta a esta modalidad de legitimación, es necesario acreditar dos requisitos, por una parte, que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y por la otra, que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión[12].

En el asunto objeto de estudio, no cabe duda de que la acción de tutela es procedente contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil, pues son autoridades públicas. Por lo demás, respecto de la primera, la negativa de nombrar y posesionar al accionante en el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, está vinculada con la función de administrar su planta de personal. Ahora bien, respecto de la Comisión, la Sala encuentra que la pretensión del actor se fundamenta en su posición en la lista de elegibles adoptada en Resolución No. 20182230073845 expedida el 18 de julio de 2018, por lo que, su eventual uso

[11] El artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 consagra las hipótesis de procedencia de la acción de tutela contra particulares.
[12] Sobre el particular, en la Sentencia T-1001 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería, se expuso que: "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 (…)".

para proveer el cargo, involucra a la referida comisión, quien, por disposición de la Constitución[13] y de la ley[14], es la encargada de administrar, por regla general, las carreras administrativas y de adelantar los concursos para proveer estos cargos.

Ahora bien, la Sala observa que el juez de primera instancia vinculó a la señora Yaneth Benítez Vásquez para que, si lo consideraba, se pronunciara sobre los hechos y pretensiones que dieron origen al amparo. A juicio de esta Sala, con dicha decisión, el juez integró debidamente el contradictorio, comoquiera que, al ser la persona que por encargo ocupaba el cargo al que aspira ser nombrado el accionante, una eventual decisión favorable a las pretensiones de este último, sería contraria a sus intereses, incluso porque en la práctica se está cuestionando la validez del acto que dispuso su nombramiento en encargo el día 21 de enero de 2019.

Por último, se observa que el juez de primera instancia en el trámite de admisión, ordenó a la CNSC comunicar de la presente acción de tutela a los demás integrantes de la lista de elegibles adoptada en la resolución del 18 de julio de 2018, pero la oficiada no aportó prueba de tal actuación. En este caso, no se evidencia que la ausencia de tal elemento de convicción tenga alguna incidencia respecto de la debida integración del contradictorio, ya que la Corte ha considerado necesaria la vinculación de todas las personas de una lista de elegibles, cuando su posición original en ella *"cambiaría por la modificación eventual de un criterio para fijar dicho orden"*[15], circunstancia que no tendría lugar en esta controversia, de conformidad con la materia objeto de litigio. En efecto, este Tribunal ha entendido que, cuando la decisión objeto de revisión se centra en analizar la situación específica del accionante, sin modificar los criterios que sirvieron de base para su elaboración, no existe un interés legítimo del resto de integrantes de la lista, que exija su notificación en el proceso[16].

3.3.3. Como requisito de procedibilidad, la acción de tutela también exige que su interposición se lleve a cabo dentro de un plazo razonable, contabilizado a partir del momento en el que se generó la vulneración o amenaza del derecho fundamental, de manera que el amparo responda a la exigencia constitucional de ser un instrumento judicial de aplicación inmediata y urgente (CP art. 86), con miras a asegurar la efectividad concreta y actual del derecho objeto de

---

[13] *"**Artículo 130.** Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial."*

[14] Ley 909 de 2004. *"**Artículo 7o. Naturaleza de la Comisión Nacional del Servicio Civil.** La Comisión Nacional del Servicio Civil prevista en el artículo 130 de la Constitución Política, responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. (...)"* y *"**Artículo 30. Competencia para adelantar los concursos.** Los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin. Los costos que genere la realización de los concursos serán con cargo a los presupuestos de las entidades que requieran la provisión de cargos."*

[15] Auto 193 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[16] Auto 049 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, reiterado en el Auto 487 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

violación o amenaza. Este requisito ha sido identificado por la jurisprudencia de la Corte como el *principio de inmediatez*.

En relación con el caso objeto de estudio, la Corte observa que se cumple con el citado requisito, en tanto la última respuesta del ICBF respecto de la solicitud de nombramiento y posesión del actor en el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, es del 20 de abril de 2019 y la acción de tutela se presentó el 6 de mayo del mismo año, es decir, que transcurrió menos de un mes entre ellas, tiempo que, a juicio de la Sala de Revisión, es razonable.

3.3.4. Finalmente, el artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de amparo solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[17]. Esto significa que la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual *"procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección"*[18]. El carácter residual obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política y la ley a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en los principios de independencia y autonomía de la actividad jurisdiccional.

Dentro de este contexto, por regla general, la acción de tutela no procede contra los actos administrativos dictados dentro de un concurso de méritos, por cuanto el afectado puede acudir a los medios de defensa disponibles en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para el efecto. Incluso, con la expedición de la Ley 1437 de 2011, los demandantes pueden solicitar la adopción de medidas cautelares de todo tipo (preventivas, conservativas, anticipadas o de suspensión) cuyo contenido de protección es amplio y admiten su concurrencia dependiendo del caso (según la ley: *"el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias"* al mismo tiempo), con lo cual se pretende garantizar el acceso material y efectivo a la administración de justicia[19]. Esta circunstancia debe ser objeto de análisis en el estudio de procedencia de la acción de tutela.

Ahora bien, desde una perspectiva general, la Corte ha sostenido que, pese a la existencia de las vías de reclamación en lo contencioso administrativo, existen dos hipótesis que permiten la procedencia excepcional de la acción de tutela. La primera, se presenta cuando existe el riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable, causal que tiene plena legitimación a partir del contenido mismo

[17] Véanse, entre otras, las Sentencias T-336 de 2009, T-436 de 2009, T-785 de 2009, T-799 de 2009, T-130 de 2010 y T-136 de 2010.
[18] Sentencia T-723 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
[19] Sobre la introducción al ordenamiento jurídico de estas medidas en la Ley 1437 de 2011, esta Corporación, en Sentencia T- 610 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera, sostuvo que: *"el legislador realizó un esfuerzo importante para que las medidas cautelares se concibieran como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia pretendiendo de esta manera irradiar el escenario administrativo de una perspectiva constitucional. Ello es razonable en la medida en que el carácter proteccionista de la Carta Política debe influir en todo el orden jurídico vigente como reflejo de su supremacía, lo que supone que las demás jurisdicciones aborden los asuntos puestos a su consideración desde una visión más garantista y menos formal del derecho."*

del artículo 86 del Texto Superior y, por virtud de la cual, se le ha reconocido su carácter de mecanismo subsidiario de defensa judicial. Y, la segunda, cuando el medio existente no brinda los elementos pertinentes de idoneidad y eficacia para resolver la controversia, a partir de la naturaleza de la disputa, de los hechos del caso y de su impacto respecto de derechos o garantías constitucionales.

Sobre esta última, en la Sentencia T-059 de 2019[20], en el marco de un concurso de méritos, la Corte manifestó que:

> "Las acciones de tutelas 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. (…)"
>
> "Particularmente, cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que (i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley. En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que[,] a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico. (…)"
>
> "Por último, es importante poner de presente que, pese a que se podría sostener que la pretensión de la acción de tutela, se podría satisfacer mediante la solicitud de medidas cautelares, lo cierto es que en el fondo se plantea una tensión que involucra el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales. // Lo anterior, en la medida en que tal y como se estableció en las Sentencias C-645 de 2017, C-588 de 2009, C-553 de 2010, C-249 de 2012 y SU-539 de 2012, el mérito es un principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, en la medida en que tiene un triple fundamento histórico, conceptual y teleológico. En efecto, el principio del mérito se estableció en el ordenamiento jurídico con la finalidad de proscribir las prácticas clientelistas, para garantizar un medio objetivo de acceso, permanencia y retiro del servicio público y, por último, para hacer efectivos otros derechos que encuentran garantía plena a través de éste, al tiempo que se materializan los principios de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución. (…)"[21].

En el marco específico de las medidas cautelares, la Corte también ha dicho que el juez de tutela tiene la facultad de proteger los derechos fundamentales como objetivo prioritario de acción, y ello lo hace de forma inmediata y con medidas más amplías[22]; y, además, precisó que, aunque se debe revisar dicha herramienta al hacer el estudio de subsidiariedad, lo cierto es que existen importantes diferencias entre la medida cautelar y la acción de tutela, las cuales pueden resumirse así:

---

[20] M.P. Alejandro Linares Cantillo.
[21] Énfasis por fuera del texto original.
[22] Sentencia C-284 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.

> "(i) es necesario seguir y ajustarse al procedimiento descrito en la norma y acudir mediante abogado debidamente acreditado, situación que no ocurre con la acción de tutela, como quiera que este es un instrumento que puede ser usado de manera personal por el titular de los derechos vulnerados, sin necesidad de seguir una forma preestablecida, (ii) por regla general, para que una medida cautelar sea decretada, es imperativo prestar caución para asegurar los posibles perjuicios que con ésta se puedan causar[23] y, (iii) la suspensión de los actos que causen la vulneración de los derechos no es de carácter definitivo, puesto que estas herramientas son transitorias y, en esa medida, la orden final está sometida a las características propias de cada juicio, en contraposición con la protección que brinda el amparo constitucional, que en principio, es inmediato y definitivo." [24]

En este orden de ideas, se concluye que la acción de tutela es procedente por vía de excepción para cuestionar actos administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos, y que, más allá de la causal del perjuicio irremediable, cabe examinar la eficacia en concreto del medio existente y de la viabilidad sumaria de las medidas cautelares, teniendo en cuenta, como ya se dijo, la naturaleza de la disputa, los hechos del caso y su impacto respecto de derechos, principios o garantías constitucionales, siendo, prevalente, en este escenario, la protección del mérito como principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, como lo señaló expresamente Sentencia T-059 de 2019[25].

Para la Sala, en este caso, la acción de tutela procede como mecanismo principal de protección de los derechos al trabajo y al acceso a cargos públicos[26], en un contexto indefectible de amparo al mérito como principio fundante del orden constitucional. Por las razones que a continuación se exponen:

En primer lugar, el accionante actualmente ocupa el primer lugar en la lista de elegibles, luego de haberse ocupado los dos empleos que inicialmente fueron objeto de convocatoria, por lo que, al haber quedado una vacante definitiva frente exactamente el mismo cargo para el cual él concursó, aparece la disputa que es objeto de revisión en esta tutela, consistente en determinar si cabía el encargo frente a un funcionario de la entidad, o si, por el contrario, debía hacerse uso de la lista de elegibles en el orden y conforme al mérito demostrado, por parte de las personas que concursaron para acceder a la función pública. Así las cosas, como lo manifestó este Tribunal en la citada Sentencia T-059 de 2019, se observa que, en esta oportunidad, la controversia implica verificar el *"(…) **principio de mérito** como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo **y se convierte en un asunto de carácter constitucional**, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales"*[27].

---

[23] De acuerdo con el artículo 232 de la Ley 1437/11 no se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.
[24] Sentencia T-376 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.
[25] M.P. Alejandro Linares Cantillo.
[26] Ver, entre otras, Sentencia T-654 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
[27] Énfasis por fuera del texto original.

En segundo lugar, se avizora en este caso una de las causales mencionadas en la citada providencia, a fin de determinar que, en concreto, los medios ante lo contencioso administrativo no son siempre eficaces, concerniente a que *"(…) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta"*. Al respecto, como se mencionó en el acápite de antecedentes, su vigencia se limitó a dos años, por lo que si ella quedó en firme el día 31 de julio de 2018, la posibilidad de aplicarla se extendió hasta máximo el 30 del mismo mes pero de este año, de suerte que hoy en día no cabe proceder a su uso y, en caso de no asumir la revisión de lo resuelto por el juez de instancia y decretar la improcedencia de la acción de tutela, prácticamente el accionante no tendría mecanismo alguno para reclamar su acceso a la función pública, y se estaría, por razones meramente formales, excluyendo la verificación del mérito como principio fundante del Estado colombiano. No sobra recordar que el actor ocupa en la actualidad el cargo que reclama, en virtud de lo resuelto por el juez de segunda instancia en este trámite de amparo constitucional, por decisión del 3 de julio de 2019.

En tercer lugar, como ya se dijo, la exclusión de la procedencia del amparo llevaría a que, al momento de proferirse una decisión definitiva en sede de lo contencioso administrativo, la lista de elegibles definitivamente ya no estaría vigente y, por ende, el accionante no podría ocupar el cargo al que –según alega– tiene derecho, con lo cual únicamente podría recibir una compensación económica. Esta realidad descarta la eficacia de la garantía de acceso a cargos públicos y excluye la verificación del mérito, en contravía del mandato del artículo 2 del Texto Superior, que impone como obligación del Estado velar por el goce efectivo de los derechos, lo cual no se satisface con el reconocimiento de una compensación económica[28].

Lo anterior, en línea con la solicitud formulada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para la cual, desde la óptica constitucional, no se ha precisado si existe un derecho de las personas que ocupan una lista de elegibles que aspiran a ser nombradas en vacantes definitivas distintas a las ofrecidas en la convocatoria, por lo que esta sería la oportunidad para realizar esas precisiones.

Además de las razones previamente expuestas, se considera que la pretensión del accionante no se enmarca dentro del escenario de efectividad de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, por las siguientes razones:

Primero, porque la suspensión de un acto administrativo exige que se aprecie una posible violación de la ley, que *surja* del análisis del acto demandado y de su *confrontaci*ón con las normas invocadas como vulneradas[29]. En este caso, no se advierte la existencia de una oposición normativa que sea evidente, como lo

[28] En un caso similar, en el que se cuestionaba la provisión de cargos de carrera de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles, la Corte consideró que la acción de tutela es el mecanismo judicial eficaz e idóneo "cuando se corre el riesgo de que en el trámite de una de las vías con que pueda contar el tutelante, la lista de elegibles pierda vigencia y la hipotética protección que deba extenderse quede sin sustento". Sentencia T-319 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos.
[29] CPACA, art. 231.

demanda la ley y lo requiere la jurisprudencia del Consejo de Estado[30], sino de una controversia en la que se solicita darle aplicación directa al criterio de mérito que introduce la Constitución, con la particularidad de que, en el curso de la tutela, se produjo un proceso de tránsito legislativo que, como lo advierte la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, contaba con un criterio unificado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, conforme al cual la Ley 1960 de 2020, en cuyo artículo 6 se dispone que la lista de elegibles se aplicará *"en estricto orden de méritos"* para cubrir *"las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad",* únicamente se debía aplicar para los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria hayan sido aprobados después de su entrada en vigor, esto es, el 27 de junio de 2019 y, en el caso bajo examen, tal actuación tiene su origen en el año 2016. Por consiguiente, no se trata de un caso en donde se advierta la simple confrontación de normas como supuesto legal que habilite la medida cautelar de suspensión provisional, en los términos del artículo 231 del CPACA.

Segundo, porque la discusión no permite una medida conservativa[31], en tanto que lo que se busca es precisamente reclamar un derecho que había sido objeto de una respuesta negativa por parte de la administración. Y tampoco cabe la orden de adoptar una decisión administrativa[32], por cuanto ella es el sustento propio de la controversia de fondo, y al tratarse de una medida anticipativa, solo se justifica ante la inminencia de un daño mayor[33], hipótesis de apremio que no resulta evidente en este caso, al tener que verificarse el alcance de una garantía de raigambre constitucional y el tránsito legislativo ocurrido sobre la materia.

Por el conjunto de razones expuestas, se advierte la falta de eficacia e idoneidad de las vías de lo contencioso administrativo para dar respuesta a la controversia planteada, lo que amerita su examen a través de la acción de tutela, como medio principal de protección de los derechos invocados. Por esta razón, se procederá a plantear el problema jurídico bajo examen y a determinar los aspectos que serán objeto de evaluación por parte de este Tribunal, con base en los cuales se adelantará el examen del caso concreto.

---

[30] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, 16 de mayo de 2018, radicación 11001-03-25-000-2016-00178-00 (0882-16). Textualmente, en este fallo se dice que: *"(…) determinar si los apartes acusados del art. 3º del Decreto 1507 de 2014, vulneran efectivamente los derechos contemplados en las normas constitucionales y pactos internacionales, invocados por el demandante,* ***es un asunto que no se evidencia con la simple confrontación*** *como lo dispone el art. 231 del CPACA, sino, que requiere el ejercicio de análisis ponderado en la sentencia."* Énfasis por fuera del texto original.

[31] El artículo 230 del CPACA establece que: *"**Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares.** (…) Para el efecto, el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas: **1.** Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerable o amenazante, cuando fuere posible. (…)"*

[32] El mismo artículo citado en la nota a pie anterior señala que: *"**Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares.** (…) Para el efecto, el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas: (…)* ***4.*** *Ordenar la adopción de una decisión administrativa o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos. // 5. Impartir órdenes o imponerle a cualquier de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer. (…)".*

[33] ARIAS GARCÍA, Fernando, *Estudios de Derecho Procesal Administrativo*, Ibáñez, Bogotá, 2013, p. 381.

3.4. Problema jurídico y temas a desarrollar

A partir de las circunstancias que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela y de las decisiones adoptadas por los respectivos jueces de instancia, la Corte debe determinar si se configura una vulneración de los derechos del accionante al trabajo y al acceso y ejercicio de cargos públicos, como consecuencia de la decisión del ICBF de no acudir a la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018 para ocupar la vacante de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, que se generó con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016.

Para dar respuesta a este interrogante, se realizará una exposición de las normas y de la jurisprudencia sobre el derecho de quienes conforman una lista de elegibles a ser nombrados y posesionados en los cargos convocados, así como también se analizará la Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo.

3.5. El principio constitucional del mérito como principio rector del acceso al empleo público

3.5.1. El artículo 125 de la Constitución Política elevó a un rango superior el principio de mérito como criterio predominante para la designación y promoción de servidores públicos. Así, consagró como regla general que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y que el ingreso a ella se hará mediante concurso público. Con esta norma el constituyente hizo explícita la prohibición de que factores distintos al mérito pudiesen determinar el ingreso y la permanencia en la carrera administrativa.

Según lo ha explicado esta Corporación[34], la constitucionalización de este principio busca tres propósitos fundamentales. El primero de ellos es asegurar el cumplimiento de los fines estatales y de la función administrativa previstos en los artículos 2 y 209 Superiores. En este sentido, se ha dicho que la prestación del servicio público por personas calificadas se traduce en eficacia y eficiencia de dicha actividad. Además, el mérito como criterio de selección provee de imparcialidad a la función pública.

El segundo es materializar distintos derechos de la ciudadanía. Por ejemplo, el derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos; el debido proceso, visto desde la fijación de reglas y criterios de selección objetivos y transparentes previamente conocidos por los aspirantes; y el derecho al trabajo, ya que una vez un servidor público adquiere derechos de carrera, solo la falta de mérito puede ser causal para su remoción.

El tercer y último propósito perseguido por el artículo 125 Superior, es la igualdad de trato y oportunidades, ya que con el establecimiento de concursos públicos, en los que el mérito es el criterio determinante para acceder a un cargo, cualquier persona puede participar, sin que dentro de este esquema se toleren tratos diferenciados injustificados, así como la arbitrariedad del nominador.

[34] Ver Sentencias C-901 de 2008 y C-588 de 2009.

Concretamente, la Corte ha sostenido que el principio de mérito *"constituye plena garantía que desarrolla el principio a la igualdad, en la medida en que contribuye a depurar las prácticas clientelistas o políticas en cuanto hace al nombramiento de los servidores públicos o cuando fuese necesario el ascenso o remoción de los mismos, lo que les permite brindarles protección y trato sin discriminación de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica."*[35].

3.5.2. El principio del mérito se concreta principalmente en la creación de sistemas de carrera y en el acceso a cargos públicos mediante la realización de concursos. Este último corresponde a los procesos en los que a través de criterios objetivos se busca determinar la idoneidad, capacidad y aptitud de los aspirantes para ocupar un cargo, teniendo en cuenta la categoría del empleo y las necesidades de la entidad. De suerte que, las etapas y pruebas en cada convocatoria deben estar dirigidas a identificar las cualidades, calidades y competencias de los candidatos, para, con dichos resultados, designar a quien mayor mérito tiene para ocupar el cargo.

Respecto de la función del concurso público como garantía de cumplimiento del mérito, en la Sentencia C-588 de 2009[36], en la cual se declaró inexequible el Acto Legislativo 01 de 2008, *"por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política"*, esta Corporación afirmó que:

> "Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, pues el Constituyente lo previó como un mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa[37]. Así pues, el sistema de concurso 'como regla general regula el ingreso y el ascenso' dentro de la carrera[38] y, por ello, 'el proceso de selección entero se dirige a comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos', pues sólo de esta manera se da cumplimiento al precepto superior conforme al cual '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'[39].
>
> El concurso es así un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impide que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios 'subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (…), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante'[40]."

3.5.3. En desarrollo del mandato constitucional expuesto, el legislador expidió la Ley 909 de 2004[41], entre otras, para regular el ingreso y ascenso a los empleos de carrera. El artículo 27 de esta ley definió la carrera administrativa como *"un*

---

[35] Sentencia SU-086 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
[36] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
[37] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.
[38] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
[39] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C.1122 de 2005. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
[40] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-211 de 2007. M. P. Alvaro Tafur Galvis.
[41] "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"

sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público". Asimismo, estableció que, para lograr ese objetivo, el ingreso, permanencia y ascenso en estos empleos se hará exclusivamente por mérito, a través de procesos de selección en los que se garantice la transparencia y objetividad. Dentro de este contexto, el artículo 28 enlistó y definió los principios que deberán orientar la ejecución de dichos procesos, entre los que se encuentran: el mérito, la libre concurrencia e igualdad en el ingreso, la publicidad, la transparencia, la eficacia y la eficiencia.

En la mencionada ley se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil es el ente encargado de la administración y vigilancia de las carreras, excepto aquellas que tengan carácter constitucional especial y que esta entidad también es la encargada de realizar los procesos de selección para la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa.

Así pues, en la Ley 909 de 2004 se establecieron las etapas del proceso de selección o concurso[42], en los siguientes términos: La primera de ellas es la convocatoria, que debe ser suscrita por la CNSC y por el jefe de la entidad u organismo cuyas necesidades de personal se pretenden satisfacer, y que se convierte en el acto administrativo que regula todo el concurso. La segunda, es el reclutamiento, que tiene como objetivo atraer e inscribir a los aspirantes que cumplan con los requisitos para el desempeño del empleo convocado. La tercera, la constituyen las pruebas, cuyo fin es identificar la capacidad, aptitud, idoneidad y adecuación de los participantes y establecer una clasificación de candidatos. La cuarta, es la elaboración de la lista de elegibles, por estricto orden de mérito, la cual tendrá una vigencia de dos años y con la cual se cubrirán las vacantes. La quinta y última etapa, es el nombramiento en período de prueba de la persona que haya sido seleccionada por el concurso.

Con posterioridad, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1227 de 2005, que reguló parcialmente la Ley 909 de 2004. El artículo 7, modificado por el Decreto 1894 de 2012[43], estableció el orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. En el parágrafo 1 de este artículo se dispuso que: *"Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a 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".*

3.5.4. En vigencia de estas normas, la Corte se pronunció varias veces sobre el problema jurídico sometido en esta ocasión a consideración de la Sala, esto es,

[42] Artículo 31 de la Ley 909 de 2004.
[43] Este artículo fue derogado y compilado en el artículo 2.2.5.3.2. Decreto 1083 de 2015, por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, el cual a su vez fue modificado por el Decreto 498 de 2020.

la posibilidad de que una lista de elegibles fuera usada para proveer cargos de vacantes definitivas que no fueron convocadas inicialmente a concurso.

Sobre el particular, en la Sentencia SU-913 de 2009[44] estableció que una lista de elegibles genera en las personas un derecho de carácter subjetivo a ser nombradas en el cargo para el cual concursaron, cuando este quede vacante o esté siendo desempeñado por un funcionario en encargo o provisionalidad, de manera que la consolidación del derecho *"se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer"*, razón por la cual, las listas de elegibles, una vez publicadas y en firme, son inmodificables.

Posteriormente, en la Sentencia SU-446 de 2011[45] estudió el caso de algunos integrantes de listas de elegibles para ocupar cargos en la Fiscalía General de la Nación, que reclamaban ser nombrados en cargos no convocados inicialmente. En esta decisión se negaron las pretensiones de los accionantes, con fundamento en que el propósito de la lista de elegibles es que se provean las vacantes para los cuales se realizó el concurso, por lo que durante su vigencia solo puede ser usada para ocupar los empleos que queden vacantes en los cargos convocados y no en otros. Al respecto, en la referida sentencia se señaló que:

> "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. Los cargos que se encuentren por fuera de ésta, requerirán de un concurso nuevo para su provisión.
>
> Fuerza concluir, entonces, que el uso del registro o lista de elegibles se impone sólo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registre la entidad durante su vigencia, siempre y cuando se trate de las plazas ofertadas en el respectivo concurso."

Esta postura fue reiterada en la Sentencia T-654 de 2011[46], al decidir sobre las pretensiones de una concursante que ocupó un lugar en la lista de elegibles que superaba el número de vacantes convocadas, pero que solicitó su nombramiento en un cargo equivalente que fue creado con posterioridad a la convocatoria.

3.6. Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo

3.6.1. El 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019, *"Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones"*. En ella se alteraron figuras como el encargo, se dispuso la profesionalización del servicio público, se reguló la movilidad horizontal en el servicio público y, en particular, respecto de los concursos de méritos, se hicieron dos cambios a la Ley 909 de 2004. El primero de ellos consistió en la creación de los concursos de ascenso, para permitir la

[44] M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
[45] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
[46] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

movilidad a cargos superiores de funcionarios de carrera dentro de la entidad, así, en la referida ley, se establecieron unas reglas puntuales para la procedencia de estos concursos y se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los seis meses siguientes contados a partir de su expedición, debía determinar el procedimiento para que las entidades y organismos reportaran la OPEC, para viabilizar el referido concurso.

El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, como se mencionó con anterioridad, con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas *"vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad"*. Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación.

Como se aprecia, el cambio incluido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, comporta una variación en las reglas de los concursos de méritos, particularmente en relación con la utilización de las listas de elegibles. Así, la normativa anterior y la jurisprudencia de esta Corporación sobre el tema, partían de la premisa de que la norma establecía que las listas de elegibles únicamente podrían usarse para los cargos convocados y no otros, a pesar de que con posterioridad a la convocatoria se generaran nuevas vacantes definitivas. Con ocasión de la referida modificación, esta Sala deberá definir la aplicación en el tiempo de dicha norma, comoquiera que, su uso, en el caso concreto, *prima facie*, proveería un resultado distinto de aquel que podía darse antes de su expedición, no solo debido al cambio normativo, sino también a la consecuente inaplicabilidad del precedente señalado de la Corte respecto del uso de la lista de elegibles, ya que la normativa en la cual se insertaron esos pronunciamientos varió sustancialmente.

3.6.2. Previo a realizar este análisis, es preciso recordar que en otras ocasiones el legislador ha establecido, para casos concretos, que las listas de elegibles deben ser usadas para proveer los cargos convocados, así como aquellas vacantes de grado igual, correspondientes a la misma denominación. Este es el caso de la Ley 201 de 1995[47], que, para el caso de la Defensoría del Pueblo, estableció la aplicabilidad de dicha regla. Esta ley fue demandada en ejercicio de la acción pública de constitucionalidad y en la Sentencia C-319 de 2010[48] se decidió su exequibilidad[49]. Uno de los argumentos que explican la validez de la referida norma es que con ella se logran los principios de la función pública, particularmente los de economía, eficiencia y eficacia, en tanto permite hacer más eficiente el uso del talento humano y de los recursos públicos, ambos escasos para el caso de la Defensoría del Pueblo. Es innegable que la obligación de uso de listas de elegibles vigentes para proveer cargos de igual denominación pero no convocados, en el contexto expuesto, busca garantizar el mérito como

[47] *"Por la cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, y se dictan otras disposiciones"*
[48] M.P. Humberto Sierra Porto.
[49] En esta providencia se decidió declarar inexequible únicamente la expresión "inferior", que permitía que las listas de elegibles también fueran usadas para proveer cargos de este tipo.

criterio exclusivo de acceso a cargos públicos, ya que únicamente se podrá nombrar en las vacantes a las personas que hayan superado todas las etapas de la convocatoria y, además, sean los siguientes en orden de la lista, después de haberse nombrado a las personas que ocuparon los primeros lugares para proveer los cargos ofertados. Adicionalmente, ello permite un uso eficiente de los recursos públicos y del recurso humano, con lo cual se garantiza la plena vigencia los principios que rigen la función administrativa.

3.6.3. Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma, por lo que se deberá definir si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley.

El primero de estos fenómenos, esto es, la retroactividad, se configura cuando la norma expresamente permite su aplicación a situaciones de hecho ya consolidadas. Por regla general está prohibido que una ley regule situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, en respeto de los principios de seguridad jurídica y buena fe[50], así como del derecho de propiedad.

Por otro lado, el fenómeno de la ultractividad consiste en que una norma sigue produciendo efectos jurídicos después de su derogatoria, es decir *"se emplea la regla anterior para la protección de derechos adquiridos y expectativas legítimas de quienes desempeñaron ciertas conductas durante la vigencia de la norma derogada, no obstante existir una nueva que debería regir las situaciones que se configuren durante su período de eficacia por el principio de aplicación inmediata anteriormente expuesto"*[51].

Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso *sub-judice*. El último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la **retrospectividad**, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, *"pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva"*[52]. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia.

Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual

[50] Ver, Sentencia 402 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz y Sentencia T-389 de 2009, M.P. Humberto Sierra Porto.
[51] Sentencia T- 525 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
[52] Sentencia T-564 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.

Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles "*se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer"*[53]. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen **un derecho subjetivo** y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004[54].

Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar

---

[53] Sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[54] La norma en cita dispone que: *"**ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio**. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; // b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa; (...) d) Por renuncia regularmente aceptada; // e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez* [Declarado EXEQUIBLE por la Corte en Sentencia C-501 de 2005, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.] // *f) Por invalidez absoluta; // g) Por edad de retiro forzoso; // h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario; // i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo* [Declarado EXEQUIBLE por la Corte en Sentencia C-1189 de 2005, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.] // *j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen; // k) Por orden o decisión judicial; // l) Por supresión del empleo;// m) Por muerte; // n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes."*

los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso.

Por último, se aclara que en este caso no se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto de los potenciales aspirantes que podrían presentarse a los concursos públicos de méritos para acceder a los cargos que ahora serán provistos con las listas de elegibles vigentes en aplicación de la nueva ley. En efecto, tanto la situación de quienes tienen derechos adquiridos como de quienes aún no han consolidado derecho alguno, están reservadas para las personas que conformaron las listas de elegibles vigentes al momento de expedición de la ley, de manera que el resto de la sociedad está sujeta a los cambios que pueda introducir la ley en cualquier tiempo, por cuanto, en esas personas indeterminadas no existe una situación jurídica consolidada ni en curso.

3.6.4. Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que *"las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019,* ***deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad*** *y que correspondan a los "****mismos empleos",*** *entiéndase con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."*[55].

3.6.5. En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.

[55] Énfasis por fuera del texto original, Consultado en: https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos.

3.7. Caso concreto

3.7.1. El señor José Fernando Ángel Porras solicita la protección de sus derechos al trabajo y al acceso y ejercicio de cargos públicos, los cuales estima vulnerados como consecuencia de la decisión del ICBF de no agotar la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, para ocupar la vacante de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, regional Santander, que se generó luego de la Convocatoria 433 de 2016.

Tanto el ICBF como la Comisión Nacional del Servicio Civil alegaron durante el trámite de tutela que no había lugar al pretendido nombramiento, por cuanto el cargo al que hace referencia el accionante no fue convocado inicialmente. En efecto, para la OPEC 34782, en la que el accionante participó y quedó en tercer lugar, únicamente se estaban ofertando dos cargos de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, por lo que la vacante que se generó con posterioridad, fue ocupada mediante el encargo de la señora Yaneth Benítez Vásquez.

El juez de primera instancia declaró la improcedencia de la acción. Sin embargo, el *ad-quem* amparó los derechos invocados y ordenó el nombramiento en período de prueba del señor Ángel Porras en el cargo de Defensor de Familia solicitado, de conformidad con la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018 de la CNSC. Para este último juez, el parágrafo 1 del artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, modificado por el Decreto 1894 de 2012[56], al establecer que las listas pueden ser usadas para proveer las vacantes que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, le da el derecho a ser nombrado 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"*[57].

3.7.2. Visto lo anterior, de conformidad con la Ley 909 de 2004 y la jurisprudencia unificada de esta Corporación antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, habría que revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Santander, comoquiera que la regla aplicable al caso permitía concluir que el ICBF solo podía hacer uso de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, para proveer los dos cargos inicialmente ofertados en la OPEC No. 34782, como en efecto lo hizo. De forma que, una nueva vacante no convocada debería ser ocupada mediante la figura de encargo o de provisionalidad, mientras se adelantaba un nuevo concurso de méritos. Tal como en efecto ocurrió.

---

[56] Decreto 1227 de 2005. *"**Artículo 7.** La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden: (...) **Parágrafo 1°**. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a 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."*

[57] Folio 130 del cuaderno principal.

Dicho esto, la Sala encuentra que en esa decisión el Tribunal no tuvo en cuenta, primero, la jurisprudencia reiterada de la Corte respecto de la utilización de las listas de elegibles únicamente para proveer los cargos inicialmente convocados. Segundo, que el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, antes de su modificación, establecía que las listas de elegibles vigentes solo serían usadas para cubrir las vacantes inicialmente ofertadas[58]. Tercero, que el parágrafo 1 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, que compiló el Decreto 1227 de 2005, antes de ser modificado por el Decreto 498 de 2020[59], reafirmaba la prohibición de proveer vacancias definitivas de cargos no convocados. Y, cuarto, que se equiparó el término oferta pública de empleos de carrera (OPEC) al de empleo y, por tal razón, se ordenó el nombramiento del accionante *"en el empleo identificado con el OPEC No. 34782"*, cuando lo cierto es que en la referida oferta pública únicamente se ofertaron dos cargos.

Sin embargo, por el cambio normativo y la consecuente variación de los supuestos fácticos y jurídicos que dieron origen a la acción de tutela y que hacen inaplicable el precedente de esta Corte al *sub-examine*, se confirmará la orden de protección dictada por el Tribunal Administrativo de Santander el 3 de julio de 2019, bajo el entendido que, en aplicación de la Ley 1960 del año en cita, resultaba obligatorio utilizar la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, para proveer la vacante del cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, regional Santander, pues la misma tiene una aplicación retrospectiva e incluye la hipótesis que se alega por el actor, más allá de que ella no haya sido invocada en la demanda de tutela, al haberse presentado el cambio normativo durante el desarrollo del proceso, circunstancia que no afecta su pretensión, ya que, como se dijo, la Corte ha admitido que esa solución legal garantiza el principio del mérito y asegura la realización de los principios economía, eficiencia y eficacia de la función pública, lo cual resulta claramente concordante con la reclamación realizada por el accionante.

Así las cosas, no cabe duda que de conformidad con el orden establecido en la lista de elegibles, el señor Ángel Porras tenía derecho a ser nombrado en período de prueba en el mencionado cargo y, por ende, procedía terminar el encargo de la señora Yaneth Benítez Vásquez, como a continuación se pasará a explicar.

3.7.3. De acuerdo con lo expuesto el acápite 3.6 de esta providencia, la Ley 1960 de 2019 modificó la Ley 909 de 2004, concretamente la regla referida al uso de las listas de elegibles vigentes, para permitir que con ellas también se provean las *"vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad"*.

---

[58] Ley 909 de 2004. *"**Artículo 31. Etapas del proceso de selección o concurso.** El proceso de selección comprende: (...) 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."*

[59] La modificación contenida en ese decreto, artículo 1, establece el uso de las listas de elegibles *"para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad."*

Así las cosas, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley aplica a la situación de las personas que ocupan un lugar en la lista de elegibles que excedía el número de vacantes ofertadas y por proveer. Es decir que, si son las siguientes en orden y existe una lista vigente, en caso de producirse una vacante para ese empleo, aun cuando no haya sido ofertado, tendrán derecho a ser nombradas en las vacantes definitivas que se vayan generando, de conformidad con lo dispuesto en la referida ley. Sin embargo, en cada caso concreto, la entidad cuyas necesidades de personal se pretenden satisfacer mediante el concurso deberá realizar los trámites administrativos para reportar las vacantes definitivas de los cargos a la CNSC, así como los trámites financieros y presupuestales para poder hacer uso de las referidas listas.

De hecho, en este punto debe recordarse que la misma Comisión Nacional del Servicio Civil modificó su postura en torno a la aplicación de la referida ley y dispuso que las listas de elegibles y aquellas que sean expedidas en procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán ser usadas durante su vigencia para cubrir las nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos". En este punto no sobra recordar que el pronunciamiento de dicha autoridad goza de un valor especial, por ser el organismo que, por mandato constitucional, tiene la función de administrar las carreras de los servidores públicos (CP. art. 130).

3.7.4. En el caso concreto del accionante, la Corte considera que hay lugar a aplicar retrospectivamente el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, modificado por la Ley 1960 de 2019 y, en consecuencia, a aplicar directamente la lista de elegibles, por las siguientes razones:

i. El 3 de julio de 2019, fecha en la cual el Tribunal Administrativo de Santander profirió la sentencia de segunda instancia, ya se había expedido la Ley 1960 del año en cita.
ii. En esa misma fecha la lista de elegibles continuaba vigente, comoquiera que adquirió firmeza el 31 de julio de 2018, es decir, venció el 30 de julio de 2020.
iii. De conformidad con la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, en la cual la CNSC adoptó la lista de elegibles para el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal San Gil, regional Santander, el accionante era el siguiente en el orden, luego de haberse producido el nombramiento de las dos vacantes convocadas inicialmente.
iv. El cargo en el que solicita ser nombrado el señor Ángel Porras se encontraba en vacancia definitiva y estaba provisto en encargo, tal como lo reconoce el ICBF en la contestación de la acción de tutela.
v. El referido cargo tiene la misma denominación, grado, código y asignación básica, además de presentarse en el centro zonal de San Gil, regional Santander, hecho que no fue controvertido por las partes durante el trámite de la acción de tutela.

Ante este panorama, cabe aclarar que el uso de la lista de elegibles por parte del juez de tutela, con fundamento en estas excepcionales razones, no obsta para que el ICBF adelante los trámites administrativos, financieros y presupuestales para legalizar su uso. Por otro lado, también advierte la Sala que, para el momento en que se cumplió con la orden de nombramiento en período de prueba del accionante (2 de septiembre de 2019[60]), la Comisión Nacional del Servicio Civil no había dictado los lineamientos para la provisión de forma definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa mediante concursos de ascenso, como lo ordena la Ley 1960 de 2019, por lo que se entiende que la vacante en la que fue nombrado el accionante estaba disponible para proveer.

3.7.5. Por último, respecto del encargo hecho a la señora Benítez Vásquez, esta Corporación considera que se verificó uno de los supuestos de hecho que da lugar a su finalización, esto es, que el cargo sea provisto de forma definitiva por un funcionario de carrera[61], supuesto que se configuró con la autorización que en este caso se dio por el juez de tutela para el uso de la lista de elegibles para cubrir una vacante definitiva generada con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016, tal como lo permite la Ley 1960 de 2019.

3.7.6. Siguiendo lo expuesto, se procederá a confirmar la decisión dictada por el Tribunal Administrativo de Santander el 3 de julio de 2019, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- Por las razones expuestas en esta providencia, **CONFIRMAR** la sentencia proferida 3 de julio de 2019 por el Tribunal Administrativo de Santander, en la acción de amparo promovida por el señor José Fernando Ángel Porras en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

---

[60] Según lo informó el ICBF en el escrito mediante el cual solicitó la revisión del expediente, el nombramiento y posesión del accionante se hizo efectivo en Resolución 7554 del 2 de septiembre de 2019.

[61] Decreto 1083 de 2015. *"**Artículo 2.2.5.3.1.** Provisión de las vacancias definitivas. Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo. // Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda. // Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera. // Las vacantes definitivas en empleo de periodo o de elección se proveerán siguiendo los procedimientos señalados en las leyes o decretos que los regulan."*

Segundo.- Por Secretaría General, **LÍBRESE** la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado Sustanciador

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Con salvamento de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

CONSEJERA PONENTE: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020)

Radicación: 11001-03-15-000-2020-01727-00
Demandante: ROBERTO SALAZAR FERNÁNDEZ
Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
Referencia: SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala decide la acción de tutela interpuesta por el señor Roberto Salazar Fernández contra el Tribunal Administrativo del Tolima.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

El 5 de mayo de 2019 (fls. 1 a 23, expediente digital -2.), el señor Roberto Salazar Fernández, en nombre propio, interpuso acción de tutela contra el Tribunal Administrativo del Tolima, porque consideró vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. Formuló las siguientes pretensiones (fl. 22, expediente digital -2.):

> *Primera: Se ampare mi derecho fundamental al debido proceso (art. 29 constitucional), al acceso a la administración de justicia (art. 229 constitucional) y el principio de confianza legítima ligado al a buena fe del operador judicial.*
>
> *Segundo: Que, en concordancia con lo anterior se deje sin efectos el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, de fecha 14 de abril de 2020 y su aclaración de fecha 21 de abril de 2020, dentro de la acción de tutela No 73001-33-33-005-2020-00058-01.*

1.2. Hechos

Los supuestos fácticos de la solicitud de amparo se resumen así:

El 14 de febrero de 2020, en ejercicio de la acción de tutela, las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán demandaron al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la Comisión Nacional del Servicio Civil, con el fin de que se ampararan los derechos fundamentales de acceso a la carrera administrativa por meritocracia, a la igualdad, al trabajo y al debido proceso y, en consecuencia, se resolviera lo siguiente:

> *Segundo: Se ordenen a la CNSC y al ICBF que, en el término de 48 horas siguientes al fallo de tutela, realicen los trámites administrativos pertinentes para que se dé cumplimiento a lo ordenado en el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use en estricto orden de mérito, la lista de elegibles que se conformó a través de la Resolución CNSC – 20182230073855 del 18-07-2018, Código OPEC No. 34795, en el cargo de carrera denominado DEFENSOR DE FAMILIA, código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016, para que nombren en periodo de prueba a los actores, en 3 de las 4 vacantes definitivas que se encuentran provistas en provisionalidad en la ciudad de Ibagué, mediante las resoluciones No. 0773 del 2018 y No. 0907 de 2017.*

En el auto admisorio de la tutela, se vinculó como tercero con interés, entre otros, al señor Roberto Salazar Fernández, quien ejerce en provisionalidad uno de los cargos respecto de los cuales se solicitó el nombramiento en propiedad de las entonces accionantes.

El Juzgado Quinto Administrativo Oral de Ibagué, en providencia del 26 de febrero de 2020, negó las pretensiones de la tutela.

La anterior decisión fue objeto de impugnación ante el Tribunal Administrativo del Tolima, el que, en fallo del 14 de abril del año en curso, revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, le concedió la tutela a las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán, por lo que le ordenó al ICBF que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación, le solicitara *"a la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC la autorización del uso de la lista de elegibles y efectúe los trámites administrativos necesarios para nombrar y posesionar en periodo de prueba"* a las accionantes, en los cargos vacantes de defensor de Familia, código 2125, grado 17, del Centro Zonal Jordán, Regional Tolima, *"conforme a la resolución CNSC – 20182230073855 del 18 de julio de 2018".*

1.3. Argumentos de la tutela

El señor Roberto Salazar Fernández considera que, en la providencia del 14 de abril de 2020, el Tribunal Administrativo del Tolima incurrió en defecto fáctico al interpretar erróneamente el artículo 4° de los actos administrativos emitidos por la CNSC en la convocatoria 433 de 2016. A su juicio, si con posterioridad a dicha convocatoria la entidad disponía de otros cargos vacantes, lo que se debía hacer era adelantar un nuevo concurso.

De otra parte, considera el hoy demandante que el despacho accionado incurrió en defecto sustantivo por la *"aplicación inaceptable de la ley 1960 de 2019",* para lo cual simplemente hizo varias transcripciones, sin hacer referencia al origen de los mismos, ni a su relación con el caso concreto.

En síntesis, del confuso escrito de tutela, infiere la Sala que el señor Salazar Fernández se encuentra inconforme con la providencia del 14 de abril de 2020, dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima, pues el cargo que él actualmente ocupa en provisionalidad, no fue ofertado en la Convocatoria 433 de 2016, toda vez que hace parte de 4 vacantes que surgieron con posterioridad a la misma, razón por la cual considera que no se puede hacer uso de la lista de elegibles de la convocatoria en mención para proveer su cargo.

2. Trámite impartido e intervenciones

Mediante auto del 12 de mayo de 2020 (fl. 1 a 3, expediente digital -17.), se admitió la presente acción de tutela y se ordenó que aquel se notificara a las partes y, como terceros con interés, al presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil, a la directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a los señores Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo, Yennifer Gaitán, Andrea del Rocío Arciniegas, Horacio Trillos Pérez, así como a las demás personas que conforman el registro de elegibles para proveer vacantes del empleo de carrera denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, ofertado mediante la convocatoria No. 433 de 2016 del ICBF, código OPEC No. 34795. Asimismo, se ordenó notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

En escrito del 18 de mayo del año en curso, el señor Roberto Salazar Fernández pidió como medida cautelar lo siguiente:

> *PRIMERA: Se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cancelar el reporte de la OPEC 34795, en el aplicativo Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad (SIMO).*
>
> *SEGUNDA: Se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la suspensión del uso de la lista de elegibles conformada mediante resolución 20182230073855 del 18 de julio de 2018 de la CNSC con número OPEC 34795, hasta tanto el juez de tutela se pronuncie y se agote todo el procedimiento estatuido en el Decreto 2591 de 1991 en materia de Acción Constitucional, es decir, hasta que se surta la eventual revisión por parte de la Corte Constitucional, y a fin de evitar un perjuicio irremediable del accionante y a su núcleo familiar, solicitamos la suspensión antes referida (…). Lo anterior conforme lo estipula el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991.*
>
> *(…)*
>
> *TERCERA: Se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la suspensión del uso de las listas de elegibles conformadas a nivel nacional en virtud de la convocatoria 433, realizando movimientos de personal con incidencia en el asunto que se debate, hasta tanto el juez de tutela se pronuncie y se agote todo el procedimiento estatuido en el Decreto 2591 de 1991 en materia de Acción Constitucional, es decir, hasta que se surta la eventual revisión por parte de la Corte Constitucional, y a fin de evitar un perjuicio irremediable del accionante y a su núcleo familiar, solicitamos la suspensión antes referida.*

Mediante auto del 2 de junio de 2020 (fls. 1 a 4, expediente digital 58.), el despacho sustanciador del proceso negó la solicitud de medida provisional.

2.1. La señora Alexis Díaz González (fls. 1 a 53, expediente digital -25.) rindió el informe respectivo y solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela de la referencia, porque no se demostró la vulneración de los derechos fundamentales del accionante.

En relación con el asunto bajo estudio, señaló que en la actualidad existe un acto administrativo cobijado bajo la presunción de legalidad, por lo que es susceptible de control judicial ante la jurisdicción contenciosa administrativa, lo que hace que la tutela interpuesta por el señor Salazar Fernández sea improcedente al no cumplir con el requisito de la subsidiariedad.

2.2. Al igual que el accionante, la señora Andrea del Rocío Arciniegas Forero (fls. 1 a 10, expediente digital -26.) solicitó que se dejara sin efectos jurídicos el fallo del 14 de abril de 2020, al considerar que fue producto de fraude procesal y que no existe otro mecanismo de defensa judicial para amparar sus derechos fundamentales.

Lo anterior, toda vez que la señora Arciniegas Forero también ocupaba el mismo cargo en provisionalidad y el ICBF terminó su nombramiento para posesionar a la señora Martha Cecilia Arroyo, con ocasión del fallo de tutela que hoy se ataca.

2.3. El señor Andrés Felipe Pérez Granobles (fls. 1 y 2, expediente digital -27.) se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en la acción de la referencia, pues, en su criterio, carece de fundamento legal. Agregó que el fallo de tutela atacado dio aplicación y cumplimiento a las normas que rigen la carrera administrativa en el país, sin que se evidencie la configuración de los defectos alegados por el señor Salazar Fernández.

2.4. La Comisión Nacional del Servicio Civil (fls. 1 a 4, expediente digital -28.) solicitó que se negaran las pretensiones de la tutela, por no haberse acreditado el desconocimiento ni la violación de los derechos fundamentales invocados por el accionante.

Señaló que el señor Roberto Salazar Fernández también concursó en la convocatoria 433 de 2016, para el empleo con código OPEC No. 34795, denominado Profesional Universitario, código 2125, grado 17, y que ocupó la posición n° 39 en la lista de elegibles, por lo que se evidencia que, ante la falta de mérito, pretende, por vía de tutela, conservar un cargo que había ejercido en provisionalidad, sin tener en cuenta que el mismo se debe proveer en carrera administrativa.

Expuso que la CNSC, consecuente con la Ley 1960 de 2019, expidió el Criterio Unificado para establecer el lineamiento mediante el cual aplica el uso de listas de elegibles para proveer cargos vacantes, creados después de convocar al concurso de méritos y que correspondan a mismos empleos a los convocados, en denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, razón por la cual la petición del señor Salazar Fernández carece de fundamento.

2.5. El ICBF (fls. 1 a 9, expediente digital -29.) rindió el informe respectivo y manifestó que la tutela interpuesta por el señor Salazar Fernández es improcedente, porque busca dejar sin efectos una orden judicial impartida en otro fallo de tutela, sin que se configure ninguna de las excepciones expuestas por la Corte

Constitucional para su procedencia.

Adujo que la terminación del nombramiento provisional del accionante obedeció a la concurrencia de una causal objetiva, como lo es el nombramiento en período de prueba de la persona que, a partir del mérito, superó todas las etapas del Concurso de Méritos de la Convocatoria 433 de 2016, y también, de manera indirecta, coincidió con el cumplimiento de una sentencia judicial, por medio de la cual se ordenó el nombramiento de otras personas que se encontraban en la lista de elegibles que fue utilizada para proveer los empleos equivalentes, dentro de los cuales se encontraba el desempeñado por el señor Salazar Fernández, sin que se evidencie la vulneración de sus derechos fundamentales.

2.6. El señor Manuel Orlando Mena Zapata (fls. 1 a 27, expediente digital -31.), como tercero con interés al haber participado en la Convocatoria ICBF 433 de 2016, realizó un resumen normativo del caso y solicitó que se negaran las pretensiones de la tutela y que esta Corporación se pronunciara de fondo sobre la relación de la Ley 1960 de 2019 y los criterios unificados expedidos por la CNSC el 1° de agosto de 2019 y 16 de enero de 2020, para así establecer el uso de las listas de elegibles vigentes en vacantes creadas con posterioridad.

2.7. La señora María Camila Arroyave Arias (fls. 1 a 8, expediente digital -32.) solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela, por no cumplir con los requisitos establecidos por la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Expuso que, en el caso concreto, no se agotaron los medios de defensa judicial, pues, a la fecha, no se ha establecido si procede o no la revisión de la tutela atacada ante la Corte Constitucional; tampoco se demostró de manera clara y suficiente que la decisión adoptada en la sentencia hubiera sido producto de una situación de fraude y, finalmente, no se evidenció la vulneración de los derechos fundamentales alegados por el accionante.

2.8. La señora Yennifer Ruiz Gaitán (fls. 1 a 29, expediente digital -33.), en su informe, solicitó no dar continuidad al trámite de la tutela de la referencia, por cuanto no reúne los requisitos especiales de procedibilidad exigidos para cuestionar otra acción de la misma naturaleza. Agregó lo siguiente:

> *Acceder a la vinculación en la función pública en carrera administrativa requiere de a travesar* (sic) *un proceso estricto de selección, de tal magnitud que se convierte en un derecho digno de ser amparado constitucionalmente, para lo cual incluso el señor Roberto Salazar Fernández concursó y se encuentra en la misma lista de elegible conformada mediante Resolución 20182230073855 en turnos subsiguientes al nuestro, no obstante, al no existir en este momento vacantes suficientes con las que pueda ser nombrado, el señor busca argumentos legales y jurisprudenciales que han perecido por el cambio de legislación y se aferra a ellos a sabiendas de que de encontrase en mejor posición dentro de la lista, hubiese acudido a solicitar el mismo amparo que solicitamos las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y la suscrita Yennifer Ruiz Gaitán, para el reconocimiento de nuestros derechos a ser vinculadas en Carrera Administrativa.*

2.9. Los señores Carlos Andrés Vega Mendoza (fls. 1 a 17, expediente digital -34.) y Lauren Vanessa Martínez Pezzano (fls. 1 a 16, expediente digital -35.) presentaron un informe para coadyuvar la solicitud de amparo del señor Salazar Fernández, en el que manifestaron que también ejercen en provisionalidad cargos de defensor de familia del ICBF y que en la decisión atacada se configuró la cosa juzgada fraudulenta, contradiciendo el precedente establecido por la Corte Constitucional en sentencia SU-446 de 2011.

2.10. El Tribunal Administrativo del Tolima pidió que se negaran las pretensiones de la demanda, para lo cual señaló que el accionante pretende usar la tutela como una tercera instancia, sin que se hubieran configurado los defectos alegados por la parte actora, toda vez que la decisión judicial demandada fue proferida con base en las pruebas aportadas al proceso y las normas aplicables al caso concreto.

II. CONSIDERACIONES

1. Cuestión previa

Los señores Andrea del Rocío Arciniegas Forero, Carlos Andrés Vega Mendoza y Lauren Vanessa Martínez Pezzano presentaron escrito en el que indicaron que coadyuvaban las pretensiones de la acción de tutela presentada por el señor Roberto Salazar Fernández.

Sobre la coadyuvancia en la acción de tutela, se resalta que está expresamente prevista en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, que establece que las personas que tengan interés legítimo en el resultado del proceso también pueden intervenir para coadyuvar u oponerse a las pretensiones de la demanda.

Así mismo, el artículo 71 del Código General del Proceso, aplicable al trámite de la acción de tutela por remisión del artículo 4 del decreto 306 de 1992, prevé que las personas que tengan relación sustancial con una de las partes del proceso pueden intervenir como coadyuvantes mientras no se haya dictado sentencia de segunda instancia.

Bajo este contexto, de conformidad con los artículos 13 del Decreto 2591 de 1991 y 71 del Código General del Proceso, la Sala reconoce como coadyuvantes de la parte actora a los señores Andrea del Rocío Arciniegas Forero, Carlos Andrés Vega Mendoza y Lauren Vanessa Martínez Pezzano, ya que probaron tener interés en la resolución del presente asunto y apoyan las pretensiones de la demanda, lo que resulta legítimo pues, al igual que el accionante, ocupan en provisionalidad un cargo de carrera que puede ser provisto por las listas de elegibles que se encuentran vigentes.

2. La acción de tutela contra providencias judiciales

La acción de tutela es un mecanismo judicial cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley.

La tutela procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, el otro mecanismo de defensa debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado, siempre que esté acreditada la razón para conferir la tutela.

En principio, la Sala Plena de esta Corporación consideraba que la acción de tutela era improcedente contra las providencias judiciales; sin embargo, a partir del año 2012[1], cambió su postura, de conformidad con las reglas que ha fijado la Corte Constitucional, en el sentido de estudiarlas cuando exista violación flagrante de algún derecho fundamental.

[1] Sentencia del 31 de julio de 2012, expediente No. 2009-01328-01(IJ), M.P. María Elizabeth García González.

Con todo, la tutela no puede convertirse en la instancia adicional de los procesos judiciales, pues los principios de seguridad jurídica y de coherencia del ordenamiento jurídico no permiten la revisión permanente y a perpetuidad de los mismos.

Entonces, para aceptar la procedencia de esta acción constitucional contra providencias judiciales, el juez de tutela debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales y específicos que fijó la Corte Constitucional, en la sentencia C-590 de 2005.

Según la Corte, los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son: (i) que el actor indique los hechos y las razones en que se fundamenta la acción; (ii) que el accionante hubiera utilizado todos los mecanismos judiciales ordinarios y extraordinarios a su alcance para la protección de sus derechos fundamentales (subsidiariedad); (iii) que la acción se hubiera interpuesto en un término prudencial (inmediatez); (iv) que el asunto sea de evidente relevancia constitucional y (v) que no se trate de una decisión proferida en sede de tutela.

En relación con este último requisito general, cabe anotar que la Corte Constitucional, en sentencia SU-627 de 2015, estableció que la acción de tutela contra decisiones proferidas en sede de tutela procede en dos eventos excepcionales.

El primero de ellos se presenta cuando la solicitud de amparo está dirigida contra actuaciones del proceso ocurridas antes de la sentencia, consistentes, por ejemplo, en la omisión del deber del juez de informar, notificar o vincular a terceros que podrían verse afectados con la decisión. El segundo, por su parte, acaece cuando con la acción de tutela se busca proteger un derecho fundamental que habría sido vulnerado en el trámite del incidente de desacato.

Una vez la acción de tutela supere el estudio de las causales anteriores, llamadas genéricas, el juez puede conceder la protección siempre que advierta la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo: (i) defecto sustantivo, (ii) defecto fáctico, (iii) defecto procedimental absoluto, (iv) defecto orgánico, (v) error inducido, (vi) decisión sin motivación, (vii) desconocimiento del precedente y (viii)

violación directa de la Constitución. La Corte Constitucional describió tales causales, así:

> *a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.*
>
> *b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.*
>
> *c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.*
>
> *d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.*
>
> *e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.*
>
> *f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.*
>
> *g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.*
>
> *h. Violación directa de la Constitución.*

Conviene decir, además, que al demandante le corresponde identificar y sustentar la causal específica de procedibilidad y exponer las razones que sustentan la violación de los derechos fundamentales. Para el efecto, no basta con manifestar inconformidad o desacuerdo con las decisiones tomadas por los jueces de instancia, sino que es necesario que el interesado demuestre que la providencia cuestionada ha incurrido en alguna de las causales específicas para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. De lo contrario, la tutela carecería de relevancia constitucional.

Justamente, las causales específicas que ha decantado la Corte Constitucional (y que han venido aplicando la mayoría de las autoridades judiciales) buscan que la tutela no se convierta en una instancia adicional para que las partes reabran discusiones que son propias de los procesos judiciales ordinarios o expongan los argumentos que dejaron de proponer oportunamente.

Por último, cabe anotar que, en recientes pronunciamientos[2], la Corte Constitucional ha restringido aún más la posibilidad de cuestionar, por vía de tutela, las providencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. En ese sentido, la Corte señaló que, además del cumplimiento de los requisitos generales y la configuración de una de las causales específicas antes mencionados, la acción de tutela contra providencias proferidas por los denominados órganos de cierre, «*sólo tiene cabida cuando una decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límites de los derechos fundamentales o cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad, esto es, cuando se configura una anomalía de tal entidad que exige la imperiosa intervención del juez constitucional*».

3. Problema jurídico

En primer lugar, corresponde a la Sala determinar si la presente solicitud de amparo cumple los requisitos generales establecidos por la Corte Constitucional para este tipo de casos y, en particular, si se aviene a las pautas fijadas en la sentencia SU-627 de 2015 para la procedencia excepcionalísima de la tutela contra actuaciones o decisiones adelantadas o proferidas, según el caso, dentro del trámite de otra acción de tutela. De ser así, esto es, si se cumplen los requisitos generales, deberá abordarse el estudio de fondo del asunto, con el fin de establecer si el despacho judicial accionado vulneró los derechos fundamentales invocados por el señor Roberto Salazar Fernández.

3.1. Procedencia excepcional de la tutela contra tutela

Como ya se expuso, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-627 del 1° de octubre 2015, unificó el criterio en relación con la procedencia excepcional de la acción de tutela contra sentencias o actuaciones adelantadas en una acción de tutela. Al respecto, dijo lo siguiente:

> *4.6.1. Para establecer la procedencia de la acción de tutela, cuando se trata de un proceso de tutela, se debe comenzar por distinguir si ésta se dirige contra la sentencia proferida dentro de él o contra una actuación previa o posterior a ella.*

[2] Ver, entre otras, las sentencias SU-917 de 2010 y SU-573 de 2017.

> *4.6.2. Si la acción de tutela se dirige contra la sentencia de tutela, la regla es la de que no procede.*
>
> *4.6.2.1. Esta regla no admite ninguna excepción cuando la sentencia ha sido proferida por la Corte Constitucional, sea por su Sala Plena o sea por sus Salas de Revisión de Tutela. En este evento solo procede el incidente de nulidad de dichas sentencias, que debe promoverse ante la Corte Constitucional.*
>
> *4.6.2.2. Si la sentencia de tutela ha sido proferida por otro juez o tribunal de la República, la acción de tutela puede proceder de manera excepcional, cuando exista fraude y por tanto, se esté ante el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta, siempre y cuando, además de cumplir con los requisitos genéricos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, (i) la acción de tutela presentada no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada; (ii) se demuestre de manera clara y suficiente, que la decisión adoptada en la sentencia de tutela fue producto de una situación de fraude (Fraus omnia corrumpit); y (iii) no exista otro medio, ordinario o extraordinario, eficaz para resolver la situación.*
>
> *4.6.3. Si la acción se* (sic) *de tutela se dirige contra actuaciones del proceso de tutela diferentes a la sentencia, se debe distinguir si éstas acaecieron con anterioridad o con posterioridad a la sentencia.*
>
> *4.6.3.1. Si la actuación acaece con anterioridad a la sentencia y consiste en la omisión del juez de cumplir con su deber de informar, notificar o vincular a los terceros que serían afectados por la demanda de tutela, y se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, la acción de tutela sí procede, incluso si la Corte Constitucional no ha seleccionado el asunto para su revisión.*
>
> *4.6.3.2. Si la actuación acaece con posterioridad a la sentencia y se trata de lograr el cumplimiento de las órdenes impartidas en dicha sentencia, la acción de tutela no procede. Pero si se trata de obtener la protección de un derecho fundamental que habría sido vulnerado en el trámite del incidente de desacato, y se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, la acción de tutela puede proceder de manera excepcional.*

De conformidad con lo anterior, son tres las excepciones planteadas por la Corte Constitucional, para que proceda la acción de tutela contra sentencias o actuaciones adelantadas en otros procesos de tutela:

a. Contra la sentencia de tutela proferida por un juez, diferente a la Corte Constitucional, siempre y cuando se demuestre que la nueva tutela no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada, que la decisión adoptada fue producto de una situación de fraude, y que no exista otro medio eficaz, ordinario o extraordinario, para resolver la situación.

b. Contra actuaciones del proceso de tutela anteriores a la sentencia, que pueden consistir, entre otras, en no haber informado, notificado o vinculado a los terceros que serían afectados con la decisión.

c. Contra actuaciones posteriores a la sentencia de tutela, cuando se trate de proteger un derecho fundamental que habría sido vulnerado en el trámite del incidente de desacato.

Sin embargo, para la Corte, en cualquiera de los anteriores escenarios, sigue siendo exigible el cumplimiento de los demás requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, como lo son el de la relevancia constitucional.

3.2. De la relevancia constitucional

En sentencia del 5 de agosto de 2014[3], la Sala Plena de esta Corporación señaló que el requisito de la relevancia constitucional tiene como finalidad (i) proteger la autonomía e independencia judicial y (ii) evitar que el juez de tutela se inmiscuya en asuntos que le corresponde resolver a otras jurisdicciones. De ahí que, para determinar si una solicitud de amparo de tutela tiene o no relevancia constitucional, es necesario examinar dos elementos.

El primero de ellos consiste en que el actor cumpla su carga argumentativa, esto es, que justifique suficientemente la relevancia constitucional por vulneración de derechos fundamentales. Debe tenerse en cuenta que para ello "*[n]o basta, entonces, aducir la vulneración de derechos fundamentales para cumplir este requisito de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales*".

El segundo hace referencia que la acción de tutela no se erija en una instancia adicional al proceso ordinario en el cual fue proferida la providencia acusada, toda vez que este valioso mecanismo de estirpe constitucional fue creado para proteger derechos fundamentales y no para que las partes de un proceso judicial ventilen sus discrepancias con las providencias que allí se dicten.

Ciertamente, la tutela no puede convertirse en la instancia adicional de los procesos judiciales, pues los principios de seguridad jurídica y de coherencia del ordenamiento jurídico no permiten la revisión permanente y a perpetuidad de las decisiones de los jueces y, por tanto, no puede admitirse, sin mayores excepciones, la procedencia de la tutela contra providencias judiciales

[3] Expediente número: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ), M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

4. Caso concreto y solución del problema jurídico

En el caso bajo estudio, el señor Roberto Salazar Fernández alegó que, en la providencia del 14 de abril de 2020, el Tribunal Administrativo del Tolima incurrió en defecto fáctico y sustantivo al permitir el uso de la lista de elegibles, que se conformó como resultado de la Convocatoria 433 de 2016, a fin de proveer cargos que surgieron con posterioridad a la misma.

Ahora, si bien se pueden cuestionar decisiones proferidas en otra tutela, en el presente caso la solicitud de amparo carece de relevancia constitucional, porque se está ejerciendo para convertir este valioso mecanismo de protección de los derechos fundamentales en una instancia adicional al proceso de tutela promovido por las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán, en el cual el hoy demandante estuvo vinculado como tercero interesado desde el auto admisorio y tuvo la oportunidad de intervenir.

De la simple comparación entre los argumentos esgrimidos en la intervención del señor Salazar Fernández en el otro proceso de tutela y los propuestos en la demanda de la referencia, se evidencia que los vicios en que supuestamente incurrió la autoridad judicial demandada, fueron invocados para continuar con el debate jurídico que ya fue decidido.

En efecto, en ambas instancias surtidas en la acción de tutela presentada por las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán, el juez constitucional resumió la contestación de los señores Roberto Salazar Fernández y Andrea del Rocío Arciniegas Forero, así:

> *Se opusieron a todas y cada una de las pretensiones señalando que los cargos provistos en provisionalidad, no fueron objeto de la convocatoria No. 433 de 2016, y que conforme al principio de vigencia normativa no le es aplicable a la convocatoria en mención la ley 1960 de 2019, dado que la convocatoria es de 2016, la lista quedó en firme el julio de 2018 y la vigencia de la norma se da a partir del año 2019.*
>
> *Expresan que la acción de tutela es improcedente para discutir la controversia planteada por los accionantes como quiera que existe un mecanismo principal para suscitar su controversia ante la jurisdicción contenciosa administrativa, máxime cuando no se logra comprobar un peligro inminente e irremediable causado cuando la accionante Yennifer Ruiz Gaitán, a la fecha ostenta el cargo de Defensora de Familia, código 2125, grado 17 del ICBF regional Tolima.*

Esos argumentos fueron resueltos razonablemente tanto por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Ibagué como por el Tribunal Administrativo del Tolima, el que, mediante providencia del 14 de abril de 2020 (fls. 1 a 17, expediente digital -8.), expuso lo siguiente:

> *La Corte Constitucional en numerosas oportunidades ha sentado jurisprudencia en el sentido de que "las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme"5. De igual manera se ha establecido pacíficamente que las bases del concurso se convierten en reglas particulares de obligatorio cumplimiento tanto para los participantes como para la entidad convocante, razón por la cual deben ser respetadas y resultan inmodificables y 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.*
>
> *Por otra parte, es posible que el legislador o la misma entidad convocante, permita hacer uso del registro de elegibles para proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Así lo ha entendido la Corte constitucional en distintos fallos, el primero de ellos fue la sentencia C-319 de 2010, en el marco del estudio de constitucionalidad del artículo 145 de la Ley 201 de 1995, una norma especial que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, creó para la Defensoría del Pueblo, en el que establecía la posibilidad de utilizar la lista de elegibles para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación. En esta oportunidad, la Corte resolvió declarar exequible la norma demanda entendiendo que una interpretación conforme con la Constitución apuntaba a que cuando se tratara de proveer una vacante de grado igual, que tuviera la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador.*
>
> *En esta providencia, la Corte Constitucional, acogió el criterio según el cual, las listas de elegibles, mientras estén vigentes, pueden ser extendidas o utilizadas para proveer empleos adicionales a los originalmente ofertados, siempre y cuando sean iguales a los inicialmente sacados a concurso. Ello porque (i) de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución, la regla general es que los empleos públicos son de carrera y deben ser provistos a través de concursos públicos que permitan comprobar, verificar y medir el mérito; y (ii) en virtud de la aplicación de criterios de razonabilidad, eficiencia y economía en el gasto público, de tal manera que se le dé el mayor uso posible a la lista de elegibles mientras esté vigente.*
>
> *En otra ocasión, la Corte marcó un precedente jurisprudencial mediante la sentencia SU-446 de 2011, en la cual adopta una posición claramente distinta al estudiar la utilización de las listas de elegibles en el sistema de carrera de la Fiscalía General de la Nación, producto de las múltiples tutelas que se habían interpuesto por la utilización de las listas que se generaron con los concursos realizados en el año 2007 por dicha entidad. En esta providencia sostuvo que "el registro de elegibles debe ser utilizado únicamente para llenar exclusivamente las vacantes señaladas en la respectiva convocatoria" (...) "teniendo en cuenta que las pautas o reglas de los concursos públicos para el acceso a la carrera son inmodificables y que a la Administración no le es dado hacer ninguna variación de ellas porque se lesionarían los derechos y principios propios del Estado Social de Derecho que nos rige".*

No obstante lo anterior, aclaró que dicha sentencia en nada contradecía a la sentencia C-319 de 2010, pues tanto el Legislador cuando regula uno de los regímenes de carrera especial, o la «entidad convocante», pueden disponer la posibilidad de que la lista de elegibles sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente ofertados en el concurso de méritos, siempre que estos sean de la misma naturaleza, perfil y denominación que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria […].

De acuerdo con lo expuesto, la Corte Constitucional acepta que la «entidad convocante» pueda disponer la posibilidad de que la lista o registro definitivo de elegibles, sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente de oferta en el concurso de méritos, siempre que dicha regla sea prevista en las reglas del concurso, es decir, en las bases de la convocatoria, y que estos nuevos empleos sean de la misma denominación, naturaleza y perfil que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria.

El Consejo de Estado también se ha ocupado de estudiar la legalidad de la regla que habilita el uso de la lista de elegibles para proveer cargos que no fueron ofertados en la convocatoria a concurso, siempre que sean equivalentes o similares […].

Así las cosas, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, señalaron, que la «entidad convocante» pueda disponer la posibilidad de que la lista o registro definitivo de elegibles, sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente de oferta en el concurso de méritos, siempre que: (i) dicha regla sea prevista en las reglas del concurso, es decir, en las bases de la convocatoria, y (ii) que estos nuevos empleos sean de la misma denominación, naturaleza y perfil que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria […].

Dentro de la convocatoria 433 de 2016, las actoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán, se presentaron al empleo con código OPEC no. 34795, denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, toda vez que en la convocatoria Nro. 433 de 2016 – ICBF solo se ofertaron 23 vacantes para dicho empleo, las cuales fueron debidamente ocupadas, y las cuatro vacantes existentes surgieron con posterioridad.

De conformidad con las premisas expuestas en la parte considerativa, la sala encuentra que las pautas de la convocatoria son inmodificables tal como ha sido reiterado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Así mismo, dichas pautas obligan tanto a la entidad que convoca como a quienes participan sin que pueda ser modificado, porque de lo, como se observó con anterioridad, se estaría violando la confianza legítima y el principio de buena fe de quienes participaron. No puede ser atendible, como ocurre en el caso concreto, que se modifiquen circunstancias que afectan el derecho de quienes participaron en la convocatoria aspirando a la posibilidad por una parte de ocupar la vacante para la cual concursaron o por otra de optar por un empleo equivalente. Cercenar una de las posibilidades que existía implica un cambio sustancial en las normas de la convocatoria que afectan indudablemente a quienes tenían la confianza legítima de hacer parte de la carrera administrativa a través del concurso de méritos.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que aunque la redacción original del numeral 4° del artículo 31 de la ley 909 del 23 de septiembre de 2004 dictó que con la lista de elegibles "se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso", la ley 1960 del 27 de junio de 2019, modificó tal artículo, según el

cual con la lista de elegibles "se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad".

Resulta, entonces, evidente que ha operado un tránsito de legislación en cuya virtud, compete la sala evaluar si se dan los presupuestos para que la Ley 1960 de 2019 sea aplicable a Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán o si, por el contrario, debe seguirse con la Ley 909 de 2004 sin modificaciones.

Respecto a esto, es claro que, por regla general, las normas rigen hacia el futuro una vez son divulgadas, y excepcionalmente regirán ultractiva o retroactivamente, pero adicionalmente se ha aceptado otra modalidad de aplicación temporal de las normas denominada retrospectividad, que a las luces de la sentencia T-564 de 2015 consiste en:

> *"...la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva.*
>
> *En este sentido, ha sido unánimemente aceptado por la jurisprudencia de todas las Altas Cortes que si bien en principio las normas jurídicas solo tienen aplicabilidad a situaciones que tuvieron lugar con posterioridad a su vigencia, ello no presenta impedimento alguno para que, en los casos en los que la situación jurídica no se ha consolidado o sus efectos siguen surtiéndose, una nueva norma pueda entrar a regular y a modificar situaciones surtidas con anterioridad a su vigencia."*

Como consecuencia de lo anterior, siendo la generalidad de las leyes que surjan efectos ex nunc, una norma posterior podrá regular situaciones anteriores siempre y cuando sean meras expectativas y no situaciones jurídicas consolidadas, como quiera que de estas últimas se entenderán finiquitadas sus consecuencias bajo la ley antigua.

Bajo esta premisa de que los aspirantes que figuran en una lista de elegibles cuentan con una mera expectativa salvo aquél que ocupe el primer lugar, único de quien se predica un derecho adquirido, y teniendo de presente que el nominador no cuenta con una facultad sino con un deber al momento de recurrir a la lista de elegibles, a efectos de proveer un cargo de grado y denominación iguales para el cual se abrió originalmente el concurso de méritos, la sala encuentra que es dable aplicar retrospectivamente la Ley 1960 de 2019 a las accionantes, puesto que su situación no se encuentra consolidada dentro de la Convocatoria 433 de 2016.

En resumen, considera la Sala que pretender modificar las reglas que regían la convocatoria, o hacer oponible el cambio normativo dado con el Decreto 1894 de 2012 a las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán, en aplicación del cual se revocó el artículo 4° de la resolución Nro. CNSC – 20182230073855 del 18 de julio de 2018, viola el debido proceso, que en el caso concreto deriva en una vulneración al derecho al acceso a cargos públicos y lesiona el derecho al trabajo de quien se ve privado del acceso a un empleo o función pública a pesar de la existencia de unas reglas que permitían el uso de listas de elegibles para proveer vacantes definitivas ofertadas por la convocatoria y que generaron la confianza legítima en la administración.

> *En la medida que el mérito debe ser el criterio predominante para seleccionar a quienes deben ocupar los cargos al servicio del Estado, y la jurisprudencia de la corte ha entendido que una interpretación ajustada a la Constitución apunta a que cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, que tenga la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador, la administración deberá solicitar la respectiva autorización para el uso de las listas de elegibles para los empleos con vacancia definitiva.*

Visto lo anterior, es claro que la presente solicitud de amparo deviene en improcedente, justamente porque busca revivir la discusión del proceso de tutela que ahora se cuestiona, concerniente a la viabilidad del uso de la lista de elegibles que se conformó luego de haberse concluido todas las etapas de la Convocatoria 433 de 2016, a fin de proveer unas vacantes de iguales características a las del cargo denominado defensor de familia, código 2125, grado 17, lo cual fue estudiado y resuelto razonablemente por el Tribunal Administrativo del Tolima en la providencia atacada, decisión que se fundó no solo en la ley y la jurisprudencia, sino en el mérito como postulado constitucional de indispensable aplicación en casos relacionados con el acceso a la carrera administrativa.

En conclusión, la solicitud de amparo presentada por el señor Roberto Salazar Fernández, y coadyuvada por los señores Andrea del Rocío Arciniegas Forero, Carlos Andrés Vega Mendoza y Lauren Vanessa Martínez Pezzano, no cumple con el requisito general de procedibilidad de la relevancia constitucional, porque se está ejerciendo con el claro propósito de provocar una tercera instancia que no existe en los procesos de tutela. Por tanto, se declarará improcedente.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. Declarar improcedente la acción de tutela promovida por el señor Roberto Salazar Fernández contra el Tribunal Administrativo del Tolima.

SEGUNDO. Notifíquese a las partes y a los interesados por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO. Si no se impugna, **envíese** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO. Se deja constancia de que esta providencia se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el siguiente enlace: http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, marzo doce (12) de dos mil veinte (2020)

Accionante: ***Fabián Orlando Orjuela Ramírez***
Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
*Expediente: 15001-33-33-012-****2020-00007-01***
Acción: Tutela

Decide la Sala los recursos de apelación presentados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICFB y de Luis Fernando Hamon Naranjo, tercero vinculado, contra la sentencia proferida el 5 de febrero de 2020 por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja que accedió a las peticiones del amparo constitucional.

I. ANTECEDENTES

1.1. La acción de tutela (f. 1 a 9):

En ejercicio de la acción de la referencia, Fabián Orlando Orjuela Ramírez, concurrió a esta jurisdicción para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales "al acceso a cargos públicos, al trabajo, a la igualdad y al debido proceso" vulnerados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF y la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC. Para el efecto pretendió:

> *"**SEGUNDO:** Ordenar al ICBF que mediante comunicación solicite a la Comisión Nacional del Servicio Civil el uso directo de la lista de elegibles, conformada mediante RESOLUCIÓN No. CNSC-20182230072575 DEL 17-07-2018, para que me nombre en periodo de prueba en la vacante surtida en provisionalidad que hay del cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, asignado al Centro Zonal de Tunja 2, lo anterior dando aplicación a lo consagrado en el artículo (sic) 6 de la ley 1960 de 2019.*
>
> ***TERCERO:** Ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil que autorice al ICBF, el uso directo de la lista de elegibles, para que el ICBF me nombre en periodo de prueba en el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, asignado al Centro Zonal Tunja 2, lo anterior dando aplicación a lo consagrado en el artículo 6 de la ley 1960 de 2019.*

> ***CUARTO:*** *Ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil que emita la correspondiente resolución, donde se establece el pago que el ICBF debe hacer, por el uso de la lista de elegibles, conformada mediante RESOLUCIÓN No. CNSC-20182230072575 del 17-07-2018, para que me nombre en periodo de prueba en la vacante surtida en provisionalidad que hay del cargo Defensor de Familia, código 2125, grado 17 asignado al centro zonal Tunja 2.*
>
> ***QUINTO:*** *Que una vez se realice el pago por el ICBF a la Comisión Nacional del Servicio Civil y se emita la autorización de mi nombramiento; el ICBF me nombre en periodo de prueba en la vacante surtida en provisionalidad que hay del cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, asignado al centro zonal Tunja 2*
>
> ***SEXTO:*** *En conclusión, se ordene al ICBF y a la CNSC, adelantar todas las actuaciones administrativas necesarias para que me nombre en periodo de prueba en el cargo Defensor de Familia, código 2125, grado 17, asignado al Centro Zonal Tunja 2, lo anterior dando aplicación a lo consagrado en el artículo 6 de la ley 1960 de 2019". (fl.8 y vto.)*

Los hechos que sustentan el petitum son los siguientes:

- *Indicó que, desde el 16 de marzo de 2016 ingresó a laborar en el ICBF como supernumerario supliendo las vacancias temporales, hasta agosto de 2017 cuando fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Defensor de Familia Centro Zonal Puerto Boyacá, nombramiento que finalizó el 7 de enero de 2019, con ocasión a la posesión en propiedad de la persona aprobó concurso de mérito.*

- *Manifestó que mediante Acuerdo No. 20161000001 del 5 de septiembre de 2016, la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF, al cual se inscribió con el objeto de optar por una de las 12 vacantes del empleo identificado con el código OPEC N° 34262, denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17 que se ofertaban 12 vacantes para el Centro Zonal Tunja 2.*

- *Señaló que, mediante Resolución N° CNSC-20182230072575 del 17 de julio de 2018, fue conformada lista de elegibles, en la cual quedó situado en posición 16, resolución que tiene vigencia de 2 años contados a partir de la fecha de su firmeza, conforme lo establecido en el artículo 64 del Acuerdo No. 20161000001376 de 2016 y numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.*

299

- *A través de Resolución N° 11454 de 6 de diciembre de 2019, el ICBF nombró en periodo de prueba a Alexandra Constanza Pirazán Ávila, quien ocupó el puesto 15 de la citada lista de elegibles.*

- *Expuso que el 22 de noviembre de 2018, la CNSC profirió Resolución N° CNSC-20182230156785 que revocó el artículo 4°[1] de los actos administrativos que contienen la lista de elegibles, lo cual incluyó la convocatoria N° 433 de 2016.*

- *Manifestó que, el Gobierno Nacional mediante Decreto 1479 de 2017[2] suprimió 328 cargos de carácter temporal, correspondientes a la denominación de Defensor de Familia, código 2125, grado 17 y creó los mismos con carácter permanente; cargos que debían proveerse conforme el procedimiento establecido en el Decreto Ley 909 de 2004.*

- *Indicó que, el 5 de septiembre de 2017 el ICBF expidió la Resolución 7746, por medio de la cual fueron creados 5 cargos denominados: Defensor de Familia, código 2125, grado 17, correspondientes a la Regional Boyacá.*

- *Arguyó que en la misma fecha, fue proferida la Resolución No. 7781 que efectuó tres nombramientos en provisionalidad en los cargos creados por el Gobierno Nacional en el Decreto 1479 de 2017, con lo cual desconoció la aplicación del principio de meritocracia, por cuanto se nombró al señor Luis Fernando Hamon Naranjo, quien ocupó el puesto 20 de la lista de elegibles conformada mediante resolución N° CNSC-20182230072575, lista en que el accionante está en turno para ser nombrado.*

- *Expuso que, el 4 de diciembre de 2018 la CNSC, expidió la Resolución N° CNSC-20182230162005 por la cual declaró desierto el concurso para algunas vacantes ofertadas en el marco de la Convocatoria N° 433 de 2016.*

---

[1] *Realizada consulta a través del sitio web http://gestion.cnsc.gov.co/BNLElegiblesListas/faces/consultaWebLE.xhtml la Resolución No. CNSC - 20182230072575 DEL 17-07-2018, "Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer doce (12) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 34262, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF"; determinó en su artículo 4° lo siguiente: "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 méritos 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".*

[2] *"Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras" y se dictan otras disposiciones".*

- *Citó el artículo 6[3] de Ley 1960 de 2019[4], y advirtió que el 1° de agosto de 2019 la CNSC expidió criterio de unificación sobre la listas de elegibles en el contexto de la mencionada ley, sobre el cual se emitió posteriormente aclaración - 22 de noviembre de 2019-.*

- *Que en tal virtud radicó derechos de petición el 8 de agosto, 4 y 11 de diciembre de 2019, por medio de los que solicitó al ICBF realizar las actuaciones administrativas correspondientes al uso directo de la lista de elegibles, para que fuera nombrado en periodo de prueba en el cargo de Defensor de Familia código 2125, grado 17, asignado al Centro Zonal Tunja 2, conforme a la vacancia definitiva creada con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016.*

- *Sostuvo que el ICBF y la CNSC han negado todas sus peticiones, argumentando que no le es aplicable la Ley 1960 de 2019, ya que los Acuerdos de la convocatoria No. 433 de 2016, fueron aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019.*

- *Citó la sentencia de 18 de noviembre de 2019 emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca en el proceso con Radicado 76001333302120190023401, y afirmó que tiene derecho a ser nombrado en periodo de prueba pues le es aplicable lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.*

- *Finalmente, asevero que, en la página de la CNSC, en la casilla de próximas convocatorias se indica: ICBF 2020, por lo cual considera necesario ejercer la presente acción en aras de evitar la afectación de sus derechos fundamentales.*

1.1. Trámite:

*En auto proferido el 23 de enero de 2020 (fl. 83), la a-quo **(i)** admitió la acción de tutela en contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF y la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC; y **(ii)** ordenó la vinculación del señor Luis Fernando*

---

[3] *Artículo 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:*
"Artículo 31. El proceso de selección comprende:
(...)
4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

[4] *"Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones".*

Hamón Naranjo a quienes concedió el término de dos (2) días, para que se pronunciaran sobre los hechos del amparo constitucional.

1.2. Contestación de la demanda:

Las accionadas y el vinculado se pronunciaron en los siguientes términos:

1.2.1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF (fls. 96 a 106)

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF dio contestación en los siguientes términos:

- *Advirtió la improcedencia de la acción de tutela, por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, subsidiariedad y perjuicio irremediable, puesto que: i) la lista de elegibles en la que se encuentra el accionante fue publicada el 23 de julio de 2018, sin haberse presentado ninguna objeción por parte del actor, ii) el actor no cuestiona la lista de elegibles, sino las actuaciones que surgen con posterioridad, en virtud de las repuestas emitidas por el ICBF y CNSC a las peticiones presentadas entre agosto y diciembre de 2019, relacionadas con la posibilidad de usar la lista de elegibles para proveer cargos creados con posterioridad a la convocatoria No. 433 de 2016, así advirtió que el medio idóneo para controvertirlas es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en la Ley 1437 de 2011, y iii) se exige la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019 expedida con posterioridad a la publicación de la lista de elegibles que cobró firmeza el 31 de julio de 2019, frente a lo cual el accionante cuenta con la acción de cumplimiento para ventilar tal pretensión.*

- *Aclaro que, el ICFB no ha incurrido en ninguna actuación vulneradora de los derechos fundamentales del actor, pues de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 -vigente en el momento de apertura de la convocatoria-, el Decreto 1894 de 2012 y la jurisprudencia constitucional -Sentencia SU-446 de 2011-, las listas de elegibles solo pueden usarse para proveer cargos ofertados al momento de la convocatoria, de forma que es improcedente acceder a las pretensiones encaminadas a que se haga uso de la lista de elegibles en la que se encuentra el actor, para que sea nombrado en una vacante distinta a la ofertada en la convocatoria en la cual concurso.*

- *Agregó que la Ley 1960 de 2019 no es aplicable al caso pues esa norma rige a futuro, es decir, no es aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados antes de su entrada en vigencia, es decir, antes del 27 de junio de 2019,*

máxime cuando la lista de elegibles en la que se encuentra incluido el actor -Resolución 20182230072575 de 17 de julio de 2018-, cobró firmeza el 31 de julio de 2018, casi un año antes de la expedición de la nueva norma.

- *Agregó que, aunque el actor hace referencia a la sentencia de 18 de noviembre de 2019 emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca en el proceso con Radicado 76001333302120190023401, es una sentencia que no ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional, pues se encuentra surtiendo el trámite de revisión ante la Corte Constitucional y, en todo caso, existen otras decisiones judiciales que han negado el amparo impetrado en relación con la controversia jurídica planteada, por lo cual no se configura un precedente unificado y reiterado sobre la materia.*

- *Luego de realizar un breve recuento sobre las etapas desarrollas con ocasión de la Convocatoria No. 433 de 2016, manifestó que para el caso concreto, como quiera que el ICBF hizo los respectivos nombramientos de la lista de elegibles, en estricto orden de lista, habiéndose nombrado a las personas que ocuparon los primeros lugares, el accionante no tiene derecho a ser nombrado en propiedad para el cargo al cual aspiró, cuando para este sólo existen 12 vacantes, como fue conocido desde al acto de apertura de la convocatoria, tampoco puede ser nombrado en cargos diferentes a los ofertados a través de la OPEC 34262 para la cual se inscribió, conforme lo preceptúa el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, norma vigente al momento de la apertura de la convocatoria.*

- *Indicó que, el ICBF no ha incurrido en ninguna actuación que vulnere los derechos fundamentales del actor, puesto que de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 vigente para el momento en que se dio apertura a la convocatoria, el Decreto 1894 de 2012 y la sentencia SU- 446 de 2011 "las listas de elegibles solo pueden usarse para proveer cargos ofertados al momento de la respectiva convocatoria" por lo cual resultaría improcedente acceder a las pretensiones de la acción de tutela para que, a partir del uso de la lista de elegibles en la que se encuentra el actor, este sea nombrado en vacantes distintas a las ofertadas bajo el número OPEC 34262.*

- *En consecuencia, solicitó declarar improcedente el amparo impetrado por el accionante y, en caso de estimarse procedente, negar la acción de tutela al no advertirse violación de derechos fundamentales por parte de esta entidad.*

301

1.2.2. Comisión Nacional del Servicio Civil (fls.121 a 124)

Por intermedio del Asesor Jurídico encargado, se pronunció en los siguientes términos:

- *Indicó que el accionante pretende por intermedio de la acción constitucional acceder a un cargo para el cual no concurso y cuyos derechos no obtuvo por mérito, lo cual implicaría el desconocimiento de las reglas del proceso de selección, sino también la violación de los principios constitucionales de acceso a cargos públicos por mérito, igualdad, legalidad y transparencia.*

- *Afirmó que, desconoce las acciones que ICBF ha realizado respecto de su planta de personal, e informó que el señor Fabián Orlando Orjuela Ramírez, participó en el concurso de méritos convocado mediante Acuerdo 20161000001376 de 5 de septiembre de 2016, para el empleo identificado con el código OPEC No. 34262 y que, una vez superadas las fases del concurso, fue publicada la Resolución No. CNSC-20182230072575 del 17 de julio de 2018 mediante la cual se conformó la lista de elegibles, en la cual el accionante ocupó el lugar No. 16, por lo cual, quienes adquirieron el derecho a ser nombrados fueron los aspirantes que ocuparon las primeras doce casillas en la lista de elegibles, sin que fuera posible su nombramiento.*

- *Citó el criterio de unificación de la Sala Plena de la Comisión Nacional del Servicio Civil, respecto del uso de las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019 expedido el 16 de enero de 2020, en el cual se indicó que, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer: i) las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera- OPEC- de la respectiva convocatoria, y ii) para cubrir las nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos.*

- *Manifestó que, para hacer uso de la lista de elegibles sobre los empleos ofertados, la entidad deberá realizar la solicitud mediante oficio a la CNSC, previo reporte de dicha OPEC en SIMO, de conformidad con lo expuesto en la Circular Conjunta No. 2019100000117 del 29 de julio de 2019; posteriormente, se procederá a verificar las listas vigentes de la entidad, que cumplan con las características del empleo solicitado, con el fin de autorizar los nombramientos en período de prueba de los elegibles que por estricto orden de mérito les asita el derecho.*

- *Expuso que, hasta el momento no existe solicitud de lista de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado con el No. OPEC 34262, por lo cual, en el eventual caso en que el ICBF disponga de vacantes con la misma denominación, deberá cumplir con lo previsto en la Ley 1960 de 2019, por cuanto la CNSC no tiene competencia alguna frente a la administración de plantas de personal como lo dispone el Decreto 648 de 2017.*

- *Aseveró que no es procedente aplicar la retrospectividad de la Ley 1960 de 2019 en el caso bajo estudio, toda vez que, dicho fenómeno solo procede* ***"frente a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa"*** *(fl. 123 vto.); lo cual no se presenta en el sub judice, ya que lo ventilado es un hecho consolidado, es decir, una situación fáctica y jurídica que no es susceptible de modificaciones por el tránsito de normatividad.*

Concluyó que, la CNSC no ha vulnerado ningún derecho fundamental al tutelante, por lo cual solicitó su desvinculación de la presente acción constitucional, teniendo en cuenta que carece de legitimación en la causa por pasiva.

1.2.3. Luis Fernando Hamon Naranjo (fls. 173 a 181)

En calidad de tercero interviniente, se pronunció de la siguiente manera:

- ✓ *Indicó que se presentó a la convocatoria pública realizada por la CNSC mediante Acuerdo No. 20161000001 del 5 de septiembre de 2016, en la cual se ofertaron 12 vacantes del empleo denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17 en el Centro Zonal Tunja 2; convocatoria dentro de la que ocupó el puesto 20 en la lista de elegibles.*

- ✓ *Que mediante Decreto 2138 del 22 de diciembre de 2016, el Gobierno Nacional aprobó la creación de la planta global de carácter temporal del ICBF, por lo cual, la entidad convocó a concurso interno No. PT-DF-001 el 26 de diciembre del mismo año, para la provisión del cargo de Defensor de Familia código 2125 grado 17, convocatoria en la que participó y ocupó el segundo lugar en la lista de elegibles, sin que la persona que ocupó el primer lugar se hubiera posesionado, razón por la cual fue nombrado en provisionalidad en dicho cargo, conforme Resolución No. 1372 del 9 de marzo de 2017.*

302

- ✓ *Que el nombramiento anterior, fue prorrogado a través de Resolución No. 7781 de 5 de septiembre de 2017, al ser creado de manera definitiva el citado cargo, para cuyo desempeño cumplió con el perfil profesional y los requisitos que exige el cargo.*

- ✓ *Arguyó que, lo dispuesto por la Resolución No. CNSC-20182230156785, que revocó el artículo 4 de la Resolución No. CNSC- 20182230072575 del 17 de julio de 2018, mediante la cual se conformó la lista de elegibles para proveer doce (12) vacantes de empleo de Defensor de Familia código 2125 grado 17 de la Convocatoria 433 de 2016, en nada afecta el derecho que depreca el tutelante, por cuanto al agotarse la lista de elegibles territorial, será consolidada una lista de elegibles general para proveer las vacantes que surjan durante la vigencia de la lista -2 años- para proveer los mismos empleos convocados; es decir, en caso de i). falta de posesión o, ii) ausencia o renuncia total de quien hubiese sido posesionado en una de las 12 vacantes ofertadas dentro de la mentada convocatoria, será utilizada la citada lista de elegibles.*

- ✓ *El accionante incurre en yerro al solicitar que la lista debe ser usada en empleos que no fueron ofertados en la citada convocatoria.*

- ✓ *Manifestó que, no entiende porqué fue vinculado al presente amparo poniendo en riesgo sus derechos y los de su familia, pues dentro de la citada convocatoria interna, existieron cinco (5) vacantes, de las cuales tres (3) ya fueron nombradas, existiendo dos (2) cargos con la denominación de Defensor de Familia, creados con posterioridad a la convocatoria No. 433 de 2016.*

- ✓ *Señaló que en la actualidad cuenta con 56 años de edad y es padre de 2 hijos, Natalia Sofía Hamon Rugeles, quien padece de epilepsia mioclónica juvenil, por cual requiere medicamentos permanentes y de Daniel Fernando Hamon Ovalle quien padece trastorno esquizoafectivo de tipo bipolar, patología mental crónica e irreversible.*

- ✓ *Que los menores dependen exclusivamente de él pues la madre, Luz América Ovalle García, falleció el 20 de agosto de 2019; por tanto, desvincularlo de su cargo afectaría su mínimo vital y el de su familia, que goza de estabilidad laboral reforzada, por tener el cuidado de su hijo.*

- ✓ *Agregó que, el accionante se encuentra vinculado al I.C.B.F como supernumerario, es decir, no se vulnera el derecho al trabajo.*

Solicitó negar las pretensiones de la acción.

II. SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia proferida el 5 de febrero de 2020, el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja resolvió: (fls. 236-242)

> *"**PRIMERO.- DECLARAR** que el representante legal del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF** vulneró los derechos y garantías fundamentales de acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso del señor **FABIÁN ORLANDO ORJUELA RAMÍREZ**, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.*
>
> ***SEGUNDO.- TUTELAR** los derechos fundamentales de acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso del señor **FABIÁN ORLANDO ORJUELA RAMÍREZ,** vulnerados por el representante legal del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF,** de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.*
>
> ***TERCERO.- ORDENAR** al representante legal del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF que dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, inicie todos los trámites administrativos ante la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC, con el fin de que esta autoridad autorice el uso de la lista de elegibles conformada mediante resolución No. 20182230072575 del 17 de julio de 2018, para proceder al nombramiento de FABIÁN ORLANDO ORJUELA RAMÍREZ, en periodo de prueba en uno de aquellos empleos vacantes creados mediante decreto No. 1479 del 4 de septiembre de 2017 denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, de acuerdo a las razones expuestas en precedencia.*
>
> ***CUARTO.-** Declarar que la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC** no vulneró derecho fundamental alguno al accionante por lo expuesto en la parte considerativa." (...). (fl. 242 vto.)*

Contrajo el problema jurídico a establecer: i) la procedencia de la acción; ii) si al concurso en que participó el accionante es aplicable la Ley 1960 de 2019 a pesar de haberse surtido bajo la Ley 909 de 2004 y Decreto 1894 de 2012; iii) si se vulneraron los derechos fundamentales de acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso por parte de las entidades accionadas.

Encontró ese estrado judicial, que la acción de amparo constitucional deprecada por el accionante, es el mecanismo idóneo de defensa judicial, por cuanto las pretensiones no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, sino la aplicación de la Ley 1960 de 2019 a fin de ser nombrado en el empleo denominado Defensor de Familia Código 2125 grado 17 del ICBF, cargo para el que concursó y aprobó todas las etapas.

303

Trajo a colación el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019 y el criterio de unificación de la Sala Plena de la CSNC proferido el 16 de enero del 2020, para precisar que, las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad, deben ser provistos por las listas de elegibles que se encuentren vigentes.

Indicó que, como el accionante concurso y aprobó las etapas señaladas en la convocatoria 433 de 2016, ocupando el puesto No 16 de la lista de legibles para proveer el empleo denominado Defensor de Familia código 2125, grado 17 y mediante Decreto No. 1459 del 4 de septiembre de 2017, se crearon 328 cargos de Defensor de Familia, código 2125, grado 17 distribuidos mediante Resolución No. 7746 de 05 de septiembre de 2017 cinco de los cuales corresponden al Departamento de Boyacá en los que mediante Resolución No. 7781 del 05 de septiembre de 2017 se efectuaron tres (3) nombramientos en provisionalidad, el accionante tiene derecho a que el ICBF lo nombre en uno los vacantes en cumplimiento del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019.

Frente a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, la a quo explicó los fenómenos de retroactividad y restrospectividad e indicó que la Ley no puede ser retroactiva, pero si retrospectiva, es decir, surtir efectos frente a una situación anterior a su vigencia y que se encuentran en curso, atendiendo principios de justicia y equidad.

Por lo anterior indicó que en la convocatoria No. 433 de 2016 en la que concursó el accionante la lista de elegibles cobró firmeza el 31 de julio de 2018 y expira el 31 de julio de 2020, de forma que existe una expectativa de su nombramiento en el cargo para el cual concursó, es decir, los efectos jurídicos no se han consolidado.

Concluyó que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF vulneró los derechos y garantías fundamentales de acceso a cargos públicos, trabajo igualdad y debido proceso del señor Fabián Orlando Orjuela Ramírez.

III. APELACIÓN

Dentro del término concedido para tal efecto, fueron presentadas las siguientes impugnaciones:

3.1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF (fls. 248 a 258)

A través del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, presento recurso de apelación en los siguientes términos:

Reitero los argumentos expuestos en la contestación de la tutela, e insistió en la improcedencia de la acción en tanto carece de trascendencia iusfundamental, no cumple los principios de subsidiariedad, ni se configura perjuicio irremediable, toda vez que: i) la lista de elegibles en la que se encuentra el accionante fue publicada el 23 de julio de 2018 y se conformó para proveer 12 vacantes, el accionante ocupó la casilla número 16; ii) el actor cuestiona las respuestas emitidas por el ICBF y la CNSC a las peticiones presentadas en agosto y diciembre de 2019, relacionadas con la posibilidad de usar la lista de elegibles para proveer cargos con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016, el medio idóneo para controvertirlas es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en la Ley 1437 de 2011, y iii) exige la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019, es decir el accionante cuenta con la acción de cumplimiento para ventilar tal pretensión.

Insistió en que la ley rige a futuro, no se aplica a Acuerdos de convocatoria aprobados antes de su vigencia, esto es antes del 27 de julio de 2019, menos aún, cuando la lista de elegibles en la que se encuentra el accionante, cobró firmeza el 31 de julio del 2018.

Resaltó que, no se puede afirmar de manera general y descontextualizada que la acción de tutela es procedente siempre que exista un concurso de méritos o listas de elegibles, pues las controversias que puedan suscitarse en dichos ámbitos son de diversa naturaleza y las particularidades de cada caso ameritan un estudio específico. Así las cosas, la controversia principal del presente caso versa sobre el cumplimiento retrospectivo de una norma de carácter general frente a una persona que no ocupó los primeros lugares dentro de una lista de elegibles que, además se encuentra publicada.

Así mismo manifestó que el ICBF no ha incurrido en ninguna actuación que vulnere los derechos fundamentales del actor, pues de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 -vigente para el momento en que se dio apertura a la convocatoria, el Decreto 1894 de 2012 y la sentencia SU- 446 de 2011 ***"las listas de elegibles solo pueden usarse para proveer cargos ofertados al momento de la respectiva convocatoria*** *por lo cual resultaría improcedente acceder a las pretensiones de la acción de tutela para que a partir del uso de la lista de elegibles en la que se encuentra el actor, este sea nombrado en vacantes distintas a las ofertadas bajo el número OPEC 34262". (fl. 252). La normatividad aplicable al proceso de selección en el cual participó el accionante es la vigente al momento del proceso de selección.*

304

Indicó que, la jurisprudencia ha considerado que la lista de elegibles crea derechos adquiridos para quienes ocupan puestos vacantes ofertados y un derecho subjetivo a ser nombrado en caso de vacancia de esos primeros nombramientos surtidos para quienes ocuparon los siguientes puestos, sujeto a una condición externa al concurso, como la muerte o el retiro definitivo del primer nombrado, puesto que la lista concluye la situación jurídica creada con la convocatoria, como acto culminante del proceso de méritos.

Explicó que en el caso bajo estudio el ICBF hizo los respectivos nombramientos de la lista de elegibles, en estricto orden nombró a quienes ocuparon los primeros 12 lugares para los cuales fue ofertada la convocatoria OPEC 34262; el actor no puede ser nombrado en cargos diferentes.

En ese sentido indicó que, las reglas de las convocatorias de concursos de méritos son ley para las partes, razón por la cual no pueden ser utilizadas para proveer vacantes distintas pues ello quebrantaría las reglas y se incurriría en extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Arguyó que la Ley 1960 de 2019 no estableció vigencia especial para su aplicación, en consecuencia, se aplica a partir de su promulgación, es decir, del 27 de junio de 2019; el proceso de selección estuvo regido por la normatividad anterior -Ley 909 de 2004 y el Decreto 1894 de 2012-, que consagraron que las listas no podían utilizarse para vacantes diferentes a las ofertadas.

Indicó que, para la Corte Constitucional, el derecho subjetivo que surge de la lista de legibles está sujeto al lugar que se ocupó en ella y, al consolidarse, adquiere firmeza, sin perjuicio de vigencia; la nueva ley no la modifica, amplía o da alcances diferentes a los dispuestos en las normas anteriores.

Bajo ese panorama, citó la circular No. 20191000000117 de la CNSC en la cual se estableció que "(...) Los procesos aprobados en sesión de Comisión hasta antes del 27 de junio 2019 podrán ser modificados, corregidos o aclarados en cualquiera de sus aspectos en los términos de la normatividad que se encontraba vigente antes de la expedición de la Ley 1960 de 2019. Con fundamento en lo antes dicho, los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019 se regirán por el artículo 29 de la Ley 909 de 2004 vigente antes de su modificación." (fl. 257).

Insistió en que la sentencia citada por el accionante no ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional pues se encuentra surtiendo el trámite de revisión ante la Corte Constitucional y otras decisiones han negado la protección.

3.2. Luis Fernando Hamon Naranjo (fls. 273 a 275)

Como tercero interviniente, se pronunció en dos oportunidades, así:

- ***Oficio radicado 10 de febrero de 2020, con impugnación de la sentencia de tutela (fls. 273-275)***

Indicó que el a-quo no se pronunció sobre sus argumentos de defensa lo cuales reiteró. Señaló que la ley del concurso al que aplicó el accionante se rige por la Ley 909 de 2004 y no es aplicable la Ley 1960 de 2019 dado el principio de irretroactividad.

Reiteró que participó del concurso interno No. PT-DF-001, convocado para proveer el empleo creado por el Decreto 2138 de 22 de diciembre de 2016, cargo no ofertado por la Convocatoria No. 433 de 2016, sin que se haya abierto nueva convocatoria a concurso.

Solicitó revocar la sentencia de primera instancia.

- ***Oficio radicado el 3 de marzo de 2020 (fl. 289)***

Informó que el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué negó las pretensiones en caso similar al presente por improcedencia atendiendo a obligatoriedad de las reglas del concurso, condición en la cual no puede admitirse el registro de elegibles para proveer un número mayor de empleos a los ofertados. Refirió que la acción de tutela fallada por el Tribunal del Valle fue "anulada" por improcedente.

Señaló la inconveniencia del mecanismo pues ello daría lugar a "un mundo de acciones de Tutela" que afectaría al ICBF, en tanto quienes están en la lista de elegibles pretenderían ser designados en los cargos no ofertados y sin el puntaje exigido en el concurso.

Manifestó que actualmente en la ciudad de Tunja existen 4 provisionalidades designadas así: i). persona que está esperando resolución de pensión; ii). una madre cabeza de familia; iii). persona con afectaciones psiquiátricas bajo tratamiento especializado; y, iv) él, como padre cabeza de hogar a cargo de un hijo con discapacidad mental.

305

IV. INTERVENCIONES

4.1. Concepto del Ministerio Público[5]

En escrito radicado el 24 de febrero de 2020, se pronunció en los siguientes términos:

Consideró que la acción no es improcedente, como lo afirma el ICBF por cuanto corresponde al juzgador examinar si el medio ordinario de defensa resulta eficaz, conforme a la jurisprudencia: i) finalidad del proceso y ii.) resultado previsible.

Citó la sentencia T-504 de 2000 y señaló que, en el caso bajo estudio está próximo el vencimiento de la lista de elegibles - 31 de julio de 2020 – tiempo insuficiente para agotar los siguientes tramites: i) conciliación como requisito de procedibilidad, ii) interposición de la demanda, reparto y sustanciación de la eventual medida cautelar, con la natural discusión y debate respecto a la caducidad del medio de control y su eventual interrupción por la interposición de la acción de tutela.

Por lo anterior afirmó que la inminencia del agotamiento de la lista de elegibles en la fecha antes señalada impide al tutelante que, por vía ordinaria, pueda lograr protección de sus derechos, en tal condición se cumple el requisito de la subsidiariedad.

Manifestó que la aplicación restrospectiva de la ley no ha sido ajena a la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencias T-564 de 2015 y T-116 de 2016), y del Consejo de Estado, corporaciones que han indicado, frente al uso de listas de elegibles para cargos que no han sido objeto de la oferta inicial del concurso de méritos, la garantía del postulado fundamental del mérito contenido en el artículo 125 de la Constitución Política al permitir el uso de las listas de elegibles mientras estén vigentes, para proveer empleos adicionales a los inicialmente ofertados iguales o equivalentes a estos.

Respecto a los argumentos del tercero interviniente, consideró que como lo menciona su escrito de vinculación y la impugnación al fallo de tutela, al interior del expediente obra prueba sumaria que evidencia su condición de padre cabeza de familia, y citó jurisprudencia sobre los presupuestos establecido por la Corte Constitucional para que opere la especial protección constitucional.

---

[5] *Vista a folio 283 del expediente, el tercero interviniente allegó oficio el 14 de febrero de 2020, en el cual solicitó la vinculación especial como sujeto procesal Ministerio Público, a través del Procurador Judicial Delegado ante los Asuntos Administrativos; quien contestó dicho requerimiento conforme obra a folios 284 a 288 del expediente.*

Por lo expuesto, solicitó se adicione el fallo de primera instancia, en el sentido de ordenar al ICBF frente al cumplimiento de los numerales 2 y 3 de la parte resolutiva del fallo impugnado, se respete el vínculo laboral provisional del señor Luis Fernando Hamon Naranjo hasta que: i) exista una justa causa de terminación de la relación laboral debidamente comprobada; ii) cesen las condiciones que originan la especial protección y/o iii) haya razones objetivas del servicio que justifiquen de manera suficiente la vinculación de funcionario en particular, caso en el cual la carga argumentativa recae en la administración.

Agregó que la anterior solicitud no deberá generar tensión frente a los derechos reconocidos al tutelante, pues se afirmó en la demanda de tutela, como en la contestación del tercero vinculado, que existen 5 vacantes de las que se encuentran ocupadas 3 y que, de estas, el funcionario de la zonal Duitama ha renunciado.

V. CONSIDERACIONES

Resuelve la Sala el recurso de apelación presentado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-, y por el tercero vinculante señor Fernando Hamon Naranjo, contra de la sentencia proferida el 5 de febrero de 2020 por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

5.1. Asunto a resolver:

Se trata en este caso de establecer, si como lo señalan los impugnantes no es procedente el amparo constitucional deprecado, en la medida en que el accionante cuenta con los medios de control previstos en la Ley 1437 de 2011, para controvertir las actuaciones surgidas con ocasión al uso de la lista de elegibles, para acceder a cargos inicialmente no ofertados en la Convocatoria 433 de 2016, teniendo en cuenta el principio de retrospectividad en la aplicación de la Ley 1960 de 2019.

Tal como se plantea la demanda y se advierte en la impugnación del ICBF, lo que acá se encuentra en debate no es, en sí mismo, el procedimiento del concurso que dio lugar a la lista de elegibles, sino el derecho que reclama el accionante para que sea utilizada tal lista a fin de proveer un cargo vacante en aplicación de la Ley 1960 de 2019 lo cual fuera negado mediante actos administrativos que, dice la impugnante pueden ser demandados en vía ordinaria, lo cual deriva improcedente la acción.

En estas condiciones, se ocupará la Sala, en primer lugar, de establecer si es procedente la acción de tutela cuando la entidad se niega a atender el orden estricto de la lista de elegibles.

306

5.2. De la procedencia de la acción de tutela por falta de nombramiento de quien se encuentra en lista de elegibles:

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha manifestado que la acción de tutela, sin perjuicio de su naturaleza residual, es un mecanismo procedente para proteger los derechos de quienes han participado en concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera en las entidades estatales y han sido seleccionados. Ello por cuanto las acciones ordinarias ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo no proveen un mecanismo efectivo, oportuno e idóneo para la protección de los derechos al trabajo, a la igualdad y al debido proceso.

Desde la Sentencia T-315 de 1998[6], señaló:

> *"La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos,* ***dos excepciones*** *a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que,* ***dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional.*** *" (Resaltado fuera de texto)*

En materia de concursos de mérito, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre dos situaciones: cuando se controvierte un acto administrativo y ***cuando se busca que la entidad encargada efectúe los nombramientos de las personas incluidas en la lista de elegibles.***

En el primer supuesto, se ha indicado que por regla general este mecanismo constitucional no procede, debido a la existencia de otros medios de defensa judicial, análisis que, en todo caso, dependerá de las situaciones particulares del caso. En el segundo evento, la Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela ***procede para la protección de los participantes que, teniendo derecho a ser nombrados, por hacer parte de la lista de elegibles, no son*** *designados.*

---

[6] *MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.*

Ya desde la Sentencia SU-133 del 2 de abril de 1998[7], el Tribunal Constitucional indicó lo siguiente:

> *"Así las cosas, esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas* ***las personas acreedoras a un nombramiento*** *en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso,* ***no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.*** *" (Resaltado fuera de texto)*

En el mismo sentido la Sentencia T-425 del 26 de abril 2001[8], la Corte señaló que en desarrollo de los principios que rigen la función pública igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, y publicidad, consagrados en el artículo 209 de la Carta Política, ***cuando se presentan vacantes, si la administración decide proveerlas, durante la vigencia de una lista de elegibles****, debe hacerlo con las personas que integran tal lista, obviamente, conservando el orden de conformación e integración de la misma. Se pronunció en los siguientes términos:*

> *"En un sinnúmero de ocasiones esta colegiatura ha sostenido que* ***procede la tutela para enervar los actos de las autoridades públicas*** *cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos. En efecto: la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso,* ***no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados*** *que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata..."(Resaltado fuera de texto)*

De otra parte, la Corte en la Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002[9], reiteró esta posición:

> *"... existe una clara línea jurisprudencial según la cual* ***la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos****, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos..." (Resaltado fuera de texto)*

---

[7] *MP. José Gregorio Hernández.*
[8] *MP. Clara Inés Vargas.*
[9] *MP. Eduardo Montealegre*

307

En los mismos términos, en la Sentencia T-484 del 20 de mayo de 2004[10], la Corte estudió el conflicto que se presenta cuando existe lista de elegibles y solicitud de traslado de un funcionario de carrera, estableciendo que el nominador debe tener en cuenta la hoja de vida de los aspirantes al cargo. La Corte Constitucional concluyó, que si bien "...la jurisprudencia constitucional ha considerado que existe otro mecanismo de defensa judicial para satisfacer las pretensiones de quien considera ***que no fue nombrado en un cargo****, a pesar de haber obtenido el primer puesto en un concurso, también ha precisado que éste medio de defensa judicial no es eficaz para proteger los derechos involucrados..." (resaltado fuera de texto).*

Luego la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional respecto al tema se plasma de la siguiente manera en la Sentencia SU 913 de 2009, allí se lee:

> *"5.1. La Corte Constitucional ha señalado de manera recurrente que la acción de tutela es un mecanismo protector de derechos fundamentales de naturaleza residual y subsidiaria, por lo cual solo puede operar para la protección inmediata de los mismos cuando no se cuenta con otro mecanismo judicial de protección, o cuando existiendo este, se debe acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*
>
> *Sin embargo, 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, aun 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[11], en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos[12]*
>
> *5.2. Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera* ***se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata****. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular"[13] (Resaltado fuera de texto)*

---

[10] *MP. Clara Inés Vargas.*
[11] *Sentencia T-672 de 1998.*
[12] *Sentencia SU-961 de 1999.*
[13] *Sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez; aclaración de voto del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio. En esta misma línea, en las sentencias SU-133 de 1998 y SU-086 de 1999 la Corte explicó: "...esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata. // La Corte estima que la satisfacción plena de los aludidos derechos no puede diferirse*

La sentencia acabada de citar analizó varias acciones de tutela en las que los actores, quienes participaron en el concurso de méritos para la provisión de cargos de notarios, solicitaron el amparo de sus derechos fundamentales y señaló:

> *"...Lo cierto es que una vez en firme, al acto administrativo que contiene la lista de elegibles no puede ser modificado en sede Administrativa, sin perjuicio de la posible impugnación que se surta en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria. Por ello,* ***cuando el nominador designa para desempeñar un cargo de carrera a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desplazando a quien la antecede por haber obtenido mejor puntaje, lesiona sin lugar a dudas derechos fundamentales,*** *entre ellos, el de igualdad, el derecho al trabajo y el debido proceso. Como también se lesionan los derechos fundamentales de quienes ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles cuando se reconforman dichas listas sin existir justo título que así lo autorice..." (Resaltado fuera de texto).*

A su vez, en la sentencia T-180 de 2015[14] la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional precisó que "Esta Corporación ha señalado que las listas de elegibles generan derechos subjetivos que, ***por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado****..."[15] (Resaltado fuera de texto).*

Teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional citada, concluye esta Sala que, los supuestos fácticos en este caso, es decir, la existencia de lista de elegibles en la que el accionante ha sido incluido y la alegada existencia de vacantes por proveer en cargos de igual denominación que los llamados a concurso en esa ocasión, a pesar de la existencia de actos administrativos que se han negado a proveer el empleo atendiendo a esa circunstancia que da lugar a un derecho subjetivo, hacen procedente la acción de tutela pues, sin lugar a mayores explicaciones, someter el caso al proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho, no resulta eficaz para la protección de los derechos fundamentales invocados, como lo expuso el Ministerio Público en este proceso. Otra cosa será determinar si la protección procede de manera definitiva o transitoria, aspecto que se examinará de salir avante el planteamiento de fondo en este caso.

---

indefinidamente, hasta que culmine el proceso ordinario, probablemente cuando ya el período en disputa haya terminado. Se descarta entonces en este caso la alternativa de otro medio de defensa judicial como mecanismo de preservación de los derechos en juego, que son de rango constitucional, de aplicación inmediata (art. 85 C.P.) y que no pueden depender de un debate dado exclusivamente en el plano de la validez legal de una elección, sin relacionarlo con los postulados y normas de la Carta Política". Ver, en el mismo sentido, la sentencia SU-613 de 2002.

[14] Corte Constitucional, sentencia T-180 de 2015 MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

[15] Sentencias C-147 de 1997, C-155 de 2007, C-926 de 2000, C-624 de 2008, T-494 de 2008, entre otras.; o en hipótesis en las cuales su producción o aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales".

308

5.3. De la aplicación de la Ley 1960 de 2019 a la lista de elegibles conformada con anterioridad a su vigencia:

Llegados a este punto, se observa que ante la existencia de una lista de elegibles vigente, en la que el accionante se encuentra incluido, el debate se dirige a la aplicación o no de una ley expedida con posterioridad a tal conformación de elegibles.

Las leyes y, en general, las normas que componen el ordenamiento jurídico solo rigen para los actos, hechos o situaciones de derecho que se constituyen con posterioridad a su entrada en vigencia y, por ello, solo por excepción pueden ser aplicadas en el tiempo de manera diferente, a través de las siguientes figuras:

- ✓ ***Retro-actividad**: en principio, se configura cuando una norma expresamente contempla la posibilidad de ser aplicada a situaciones de hecho que se consolidaron con anterioridad a su entrada en vigencia[16], un ejemplo claro de este instituto jurídico es el establecido en el artículo 29 constitucional, conforme al cual "en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva y desfavorable".*

- ✓ ***Ultra-actividad**: consiste en la aplicación de una norma que ha sido expresa o tácitamente derogada, a situaciones de hecho que si bien tuvieron lugar durante su vigencia, en la actualidad se encuentran regidas por una nueva disposición jurídica; de forma que, si bien la nueva ley es de aplicación inmediata y, por tanto, debería regular las situaciones que se consoliden en su vigencia, resulta admisible el uso de la normatividad anterior con el objetivo de preservar los derechos adquiridos y las legítimas expectativas de quienes se rigieron por la normativa derogada.[17]*

- ✓ ***Retrospectividad:** La jurisprudencia de las Altas Cortes ha aceptado la posibilidad la aplicación temporal de las normas, la cual, si bien no encuentra desarrollo ni consagración normativa expresa[18]. En relación con esta figura, se ha indicado que ella consiste en la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva.*

---

[16] *Ver Sentencias C-181 de 2002, T-060 de 2003, T-389 de 2009, T-110 de 2011 y C-258 de 2013, entre otras.*
[17] *Ver Sentencias C-763 de 2002, C-377 de 2004 y T-110 de 2011, entre otras.*
[18] *Ver Sentencias T-110 de 2011, C-258 de 2013, entre otras.*

En relación con la aplicación de los efectos de la ley en el tiempo la Sentencia C-619 de 2001[19], precisó que las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley ésta es de aplicación inmediata.

Por su parte la sentencia en la Sentencia Radicado No. 56302 de 2014 el Consejo de Estado[20] indicó que:

> *"(...) Por el contrario, frente a situaciones inciertas y eventuales que no se consolidaron al amparo de una normatividad anterior, opera un principio de aplicación inmediata de la ley, a la cual deberán adecuar su conducta quienes no hayan logrado llevar a su patrimonio derechos que concedía la norma derogada. Así, la Corte ha señalado que mientras los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos por las leyes ulteriores, por el contrario, las simples expectativas no gozan de esa protección, pues "la ley puede modificar discrecionalmente las meras probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho." Por ello, las expectativas que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho, pueden ser reguladas por el legislador "según las conveniencias políticas que imperen en el momento, guiado por parámetros de justicia y de equidad que la Constitución le fija para el cumplimiento cabal de sus funciones." Cabe agregar que, en todo caso, la consolidación del derecho que otorga el haber sido incluido en una lista de elegibles, se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer..."*
> *(Subrayado fuera de texto)*

En este caso, según los antecedentes, el accionante fue incluido en una lista de elegibles que a la fecha se encuentra vigente, es decir, se está ante un derecho subjetivo adquirido, sin embargo, ese derecho no se ha concluido mediante el nombramiento en el empleo, lo cual implica que mantiene una expectativa frente a ello.

Entonces como en vigencia de la lista se crearon empleos de idéntica clasificación que aquel para el cual concursó el accionante y, en ese interregno, se expidió la Ley 1960 de 2019, el fenómeno a examinar es el de la aplicación retrospectiva de la ley en tanto fue expedida luego de la convocatoria del concurso y de la conformación de la lista de elegibles, pero antes de su vencimiento.

---

[19] *M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra*
[20] *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación No: 15001-23-33-000-2013 - 00563-02. Acción de tutela – Impugnación. Bogotá D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil catorce (2014)*

309

6. Del caso concreto.

Mediante el Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 (fls. 12 a 25), la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC publicó la Convocatoria 433 de 2016, para proveer 2.470 cargos de empleos vacantes en el ICBF, el artículo 10 identificó los empleos, para el caso en controversia 762 Defensores de Familia Código 2125, Grado 17 (fl. 14).

Para la época el artículo 31 numeral 4° de la Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones" invocado como facultad en la convocatoria (fl. 12) era del siguiente tenor:

> *"...El proceso de selección comprende:*
> *(...)*
> *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." (Subrayado fuera de texto)*[21]

Igualmente, los artículos 63 y 64 de la convocatoria dispusieron, el primero la recomposición de las listas de elegibles de manera automática cuando los elegibles no tomen posesión en orden de mérito, no acepten el nombramiento o no se posesionen en el término legal, o sean excluidos y, el segundo dispuso la vigencia de la lista por dos (2) años.

Finalizada la etapa clasificatoria y eliminatoria del concurso de méritos en mención, la CNSC emitió la Resolución No. CNSC 20182230072575 el 17 de julio de 2018 (fls. 26 y s.s.) "Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer doce (12) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 34262, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 ICBF" conformada por 96 personas, entre las que el accionante ocupó el puesto 16, confirmó la vigencia por dos años.

El Decreto 2138 del 22 de diciembre de 2016 expedido por el Gobierno Nacional "Por el cual se aprueba la creación de una planta de personal de carácter temporal en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras" en su artículo 1° dispuso:

> *ARTICULO 1°. Crear una planta de personal de carácter temporal en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras",*

[21] *Texto que, en iguales condiciones fue recogido por el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019.*

con los siguientes empleos, dentro del periodo comprendido entre el 02 de enero de 2017 y el 31 de diciembre de 2017 así:
(...)
B. Fuente de Financiación: Protección -Acciones para preservar y restituir el ejercicio integral de los derechos de la niñez y la familia:
(...)

NUMERO DE CARGOS	*DENOMINACIÓN CARGO*	*Código*	*Grado*
(...)			
328 Trescientos veintiocho	*Defensor de Familia*	*2125*	*17*

ARTICULO 3°: Los empleos de carácter temporal, creados en el presente decreto, deberán dirigirse al cumplimiento de las funciones que dieron lugar a la creación de los mismos, de conformidad con lo señalado en la Ley 909 de 2004 y el Decreto número 1083 de 2015 y ***proveerse en los términos señalados en la Ley y la Sentencia C-288 de 2014****. (...)" Subrayado fuera de texto.*

La Sentencia **C-288 de 2014** se ocupó de estudiar la constitucionalidad parcial del artículo 21 de la Ley 909 de 2004, en particular el siguiente aparte subrayado:

ARTÍCULO 21. EMPLEOS DE CARÁCTER TEMPORAL.
De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:
(...)
3. ***El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente****, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos."*

Luego de examinar el carácter de los empleos temporales y los principios constitucionales de la carrera administrativa señaló en sus consideraciones:

"3.6.2.5.2. Constitucionalidad de la interpretación en virtud de la cual no existe una completa discrecionalidad del nominador, sino que por el contrario, el mismo está limitado por los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad

El mecanismo de ingreso a los empleos temporales es un desarrollo de la función pública, por lo cual en relación con el mismo no existe una completa discrecionalidad del nominador, sino que por el contrario se encuentra limitado por los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, teniendo en cuenta que, tal como se expresó en el capítulo de 3.5 de esta sentencia, todas las formas de ingreso al empleo público están limitadas por los principios de la función pública.

En este sentido, se considera plenamente justificado que exista un procedimiento distinto al concurso público para la provisión de los empleos temporales, pero la salvaguarda del principio de eficacia no justifica que el nominador pueda actuar de manera arbitraria y sin ningún límite en el establecimiento del procedimiento para la selección de los servidores públicos.

La norma demandada no autoriza la discrecionalidad del nominador para la selección del empleado temporal, como sucedería con los empleos de libre nombramiento y remoción, pues lo limita directamente por el mérito al exigir la evaluación de las competencias y capacidades de los candidatos.

En este sentido, mientras lo que caracteriza a los empleos de libre nombramiento y remoción es la discrecionalidad del empleador en el ingreso y retiro del funcionario, pues son por regla general empleos de dirección y confianza[22], el fundamento de los cargos temporales no es la discrecionalidad, sino la necesidad de consagrar un procedimiento ágil que permita solucionar transitoriamente necesidades de la función pública ***pero que a la vez salvaguarde el debido proceso administrativo, por lo cual, la primera opción deberá ser la utilización de la lista de elegibles*** *y en su defecto se deberá realizar un proceso para la evaluación de las competencias y capacidades de los candidatos que en todo caso respete los principios de la función pública.*

Por lo anterior, ***se considera que la única interpretación compatible con la Constitución implica reconocer que no existe una absoluta discrecionalidad del nominador, sino que por el contrario el mismo está limitado por los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad***

"3.6.3. La aplicación de los principios de la función pública en el ingreso a los empleos temporales

La interpretación constitucional de la expresión demandada de acuerdo a los principios de la función pública, exige el cumplimiento de los siguientes parámetros mínimos para garantizar la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad del proceso de ingreso a los empleos temporales:

3.6.3.1. Solicitud de las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil

El numeral 3° del artículo 21 de la Ley 909 de 2004 exige la aplicación de las listas de elegibles para la provisión de los empleos temporales, procedimiento que resulta fundamental para garantizar el principio constitucional del mérito y además otorga una solución eficaz para la provisión de estos cargos.

Según lo dispuesto en el literal e) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, la entidad encargada de conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles y de remitir a las entidades las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa es la Comisión Nacional del Servicio Civil. Si bien los empleos temporales no son de carrera administrativa, las listas que deben utilizarse para la provisión de estos

---

[22] *Entre otras, las sentencias C-553 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-230 A de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil: C-161 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán; C-1177 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-368 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-306 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-129 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; SU539 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.*

> *empleos son las de la carrera administrativa, por lo cual las mismas deberán solicitarse a la Comisión Nacional del Servicio Civil*[23].
>
> *Por lo anterior, para la provisión de los empleos temporales los nominadores deberán solicitar las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil anexando como mínimo la información exigida en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004 para el diseño del empleo, es decir:*
>
> *"a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;*
> *b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;*
> *c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales". (Subrayado fuera de texto)*

De lo hasta acá expuesto se tiene que, conforme a la única interpretación compatible con la Constitución realizada por la Corte Constitucional en la sentencia acabada de trascribir, para proveer empleos temporales ***creados*** *en la planta temporal,* ***el nominador tenía el deber de acudir, en primer lugar, a la lista de elegibles.***

Vista la certificación que obra a folio 10, el accionante estuvo vinculado en el cargo de Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 como "supernumerario" desde el 16 de diciembre de 2016 hasta el 15 de agosto de 2017; y ***en provisionalidad desde el 18 de agosto de 2017 hasta el 7 de enero de 2019.*** *Conforme lo señala el hecho primero de la demanda (fl. 1)* ***el retiro ocurrió como consecuencia de la posesión de quien superó el concurso de méritos en el que también participó el ahora accionante.***

Si así ocurrieron los hechos, concluye la Sala, que si quien reemplazó al accionante se posesionó hasta el ***7 de enero de 2019*** *como consecuencia del concurso en el que los dos participaron – el accionante y el posesionado – el posesionado ocupaba cuando menos un puesto superior, pero no los doce convocados por el concurso pues, la provisionalidad del accionante, únicamente era viable una vez provistos, se repite, los doce de la convocatoria. Nada justifica entonces que en iguales términos se hubiera procedido frente al accionante.*

Ahora, el Decreto 1479 de 2017 "Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras" y se dictan otras disposiciones.", en su artículo 3° dispuso "Las funciones propias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras" serán cumplidas por la planta de personal que se

---

[23] *Este criterio ha sido sostenido por la Comisión Nacional del Servicio Civil en la circular CNSC 001 del 29 de enero de 2013.*

344

establece a continuación: (...)" y contempló en la Planta Global 1417 cargos de Defensor de Familia Código 2125 Grado 17.

El 22 de noviembre de 2018 la CNSC, mediante la Resolución No. 20182230156785 (fls. 31 a 33), revocó el artículo 4° de todos los actos administrativos que conformaron listas de elegibles, ***incluyendo el de la OPEC 34262*** *en la que participó el accionante. Decía tal norma de la convocatoria:*

> *"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". - Resalta la Sala-*

Lo anterior al considerar que su redacción contrariaba lo dispuesto en la Sentencia SU-446 de 2011, el Decreto 1894 de 2012 que fuera compilado en el Decreto 1083 de 2015, normas que únicamente convalidaban el uso de la lista.

Sea dicho que la Sentencia SU-446 de 2011, fue dictada en el marco de ***acciones de tutela acumuladas por similitud fáctica*** *y giró en torno 6 convocatorias para proveer 4.697 cargos de carrera para diferentes empleos de la Fiscalía General de la Nación, conforme al reglamento de concursos de la entidad, contenido en el Acuerdo 01 de 2006. Esta sentencia de* ***tutela*** *tuvo efecto inter comunis,* ***es decir efectos para las partes involucradas en ese concurso en particular*** *y allí se precisó que:*

> *"...En ese sentido,* ***es claro que las reglas del concurso son invariables*** *tal como lo reiteró esta Corporación en la sentencia SU-913 de 2009 al señalar "...resulta imperativo recordar la intangibilidad de las reglas que rigen las convocatorias de los concursos públicos para acceder a cargos de carrera en tanto no vulneren la ley, la Constitución y los derechos fundamentales en aras de garantizar el derecho fundamental a la igualdad, así como la inmodificabilidad de las listas de elegibles una vez éstas se encuentran en firme como garantía de los principios de buena fe y confianza legítima que deben acompañar estos procesos."*[24]
>
> *Es indiscutible, entonces, que las pautas del concurso son inmodificables y, en consecuencia, a las entidades no le es dado variarlas en ninguna fase del proceso, por cuanto se afectarían principios básicos de nuestra organización, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular..."*

Lo anterior, sin embargo, a juicio de esta Sala no incide en las condiciones del concurso que da lugar a esta acción pues, aún admitiendo la revocatoria parcial de la convocatoria años después de culminado el concurso para variar sus condiciones,

[24] *Ibidem, pág 129.*

lo cierto es que la Ley 909 de 2004, continuaba regulando el derecho consolidado en la lista, bajo el marco del artículo 10 numeral 4° que preceptuaba:

> *"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."*

Y es que, en este caso, el concurso se efectuó para el cargo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17; este mismo empleo fue creado luego con carácter temporal y ya se explicó que, en la Sentencia C-288 de 2014, a juicio de la Corte al examinar la constitucionalidad del artículo 21 de la Ley 909 de 2004, mientras existiera lista de elegibles debían proveerse las vacantes de los cargos creados fuera del concurso, usando en primer lugar la lista de elegibles. En estas condiciones, ***si los mismos cargos****, antes temporales se convierten en permanentes, la misma razón de hecho y de derecho ha de aplicarse.*

Ahora bien, la Ley 1960 de 2019[25], en su artículo 6° modificó el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, así:

> *"4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años.* ***Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad."*** *(Resaltado y subrayado fuera de texto)*

Entonces, como a la fecha de expedición de la Ley 1960 de 2019 artículo 6° aún no se había consolidado la expectativa de nombramiento y en ella se dispuso que "...las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.", serían provistas con las listas de elegibles vigentes, no queda duda que esa norma gobernaba la situación del accionante y por ello al ocupar un puesto en la lista de elegibles que daba lugar a su nombramiento, ahora en un cargo permanente de la planta global, esa lista no podía ser reemplazada por otra conformada mediante concurso interno en tanto, se reitera, la Sentencia C-288 de 2014, señaló que "...la primera opción ***deberá ser la utilización de la lista de elegibles*** *y en su defecto se deberá realizar un proceso para la evaluación de las competencias y capacidades..."*

---

[25] *"Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones".*

A juicio de esta Sala era aplicable la retrospectividad, interpretación que, adicionalmente, permite la protección de derechos fundamentales y, por ello, amerita ser acogida, bajo la óptica de la ***existencia de cargo vacante para el cual fue convocado el concurso****, el cual coincide con la aclaración al "CRITERIO UNIFICADO" de la Sala Plena de la Comisión Nacional del Servicio Civil en el que se señaló:*

> *"...Así mismo, en las razones de derecho del criterio se menciona que desde el Decreto 1894 de 2012, las listas solo podrán ser utilizadas* ***para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generarán en los mismos empleos inicialmente provistos.***
>
> *En ese sentido, y con el propósito de dar claridad sobre lo determinado en el criterio, respecto al uso de las listas expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados* ***antes del 27 de junio de 2019****, se precisa que la expresión "vacantes ofertadas" cobija tanto a las que fueron objeto del proceso de selección como para las vacantes que se generen con posterioridad a la convocatoria y que correspondan a los "mismos empleos" entendiéndose por estos, los empleos que poseen los mismos componentes de: denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito y funciones." (fl. 54) (Resaltado y subrayado fuera de texto)*

En efecto, como se precisó en el marco jurisprudencial de esta sentencia, aquellas situaciones jurídicas consolidadas seguirán siendo reguladas por la legislación que desde un principio las gobernó; pero aquellas las que surgieron bajo la protección de la norma anterior y se consolidaron bajo la norma posterior, se siguen por esta última.

Bajo esta premisa, la Sala encuentra que es dable aplicar retrospectivamente la Ley 1960 de 2019 al accionante, puesto que su situación – ingreso al servicio público - no se encuentra consolidada como consecuencia de la Convocatoria 433 de 2016.

Analizado en conjunto el acervo probatorio allegado al expediente, considera la Sala no existe discusión alguna sobre los siguientes hechos:

i. *Fabián Orlando Orjuela Ramírez, ocupó la posición 16 dentro de la lista de elegibles para ocupar el cargo de Defensor de Familia Grado 17 Código 2125 en el Centro Zonal Tunja, ofertado en la OPEC 34262;*

ii. *Las personas que figuran en las primeras quince posiciones de la lista ya fueron nombradas;*

iii. *Con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016, se generaron cinco vacantes definitivas para el cargo de* ***Defensor de Familia Grado 17 Código 2125****, en la Regional Boyacá, con* ***características idénticas*** *a las de la OPEC 34262, provistos* ***en provisionalidad****, tal como se lee en el artículo 6º de la Resolución No. 7781 del 5 de septiembre de 2017(fls.185*

a 191), es decir, desconociendo la lista de elegibles. De los tres nombrados dos de ellos no se encuentran en la lista de elegibles y el señor Hamón Naranjo ocupó el puesto 20 luego del accionante que ocupó, para entonces, el puesto 16 (fl. 26 vto.)

En criterio de la Sala, el proceder del ICBF, no atiende a los principios fundamentales de acceso a la carrera administrativa por meritocracia, en especial el artículo 125 de la Constitución Política, tratados ampliamente en la citada Sentencia C-288 de 2014 que, por su utilidad al caso se trascribe de forma extensa, pues recogen nutrida jurisprudencia de esa Corte sobre este tópico:

3.5.1. LOS PRINCIPIOS ESPECÍFICAMENTE APLICABLES A LA CARRERA ADMINISTRATIVA

La Corte Constitucional ha reconocido que la carrera administrativa se rige por los principios de la administración y en especial por los de igualdad, mérito y estabilidad[26]*, los cuales se analizarán a continuación:*

3.5.1.1. Principios de la función pública

La carrera administrativa, tal como la concibió el Constituyente de 1991, permite que la función pública sea desarrollada por personas calificadas y "bajo la vigencia de los principios de eficacia, eficiencia, moralidad, imparcialidad y transparencia"[27]*.*

En este sentido, existe una estrecha relación entre el cumplimiento de los fines del Estado y la prioridad que el constituyente otorga a la carrera administrativa, "que se explica en la naturaleza del sistema y en los principios que lo fundan"[28]*, dado que "la operatividad material de los sistemas de carrera administrativa impide la reproducción de prácticas clientelistas y otras formas de favorecimiento a través de la concesión irregular de empleos estatales, comportamientos estos que alejan a la función pública de la*

---

[26] *Sentencia de la Corte Constitucional C-954 de 2001. M. P. Jaime Araujo Rentería: "Además de los principios de moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la carrera administrativa deberá desarrollarse fundamentalmente en los siguientes:*
- Principio de igualdad, según el cual para el ingreso a los empleos de carrera se brindará igualdad de oportunidades, sin discriminación de ninguna índole, particularmente por motivos como credo político, raza, religión o sexo; de la misma forma, para el ascenso, la estabilidad y la capacitación de quienes pertenezcan a la carrera, las organizaciones y entidades garantizarán que los empleados participen con criterio de igualdad y equidad.
- Principio del mérito, según el cual el acceso a cargos de carrera, la permanencia en los mismos y el ascenso estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas y la experiencia, el buen desempeño laboral y la observancia de buena conducta de los empleados que pertenezcan a la carrera y de los aspirantes a ingresar a ella."
De igual forma, el funcionario de carrera goza de una garantía de permanencia en su cargo, en armonía con el artículo 53 de la Carta, la cual, sin embargo, está sujeta a la ocurrencia o no de las situaciones previstas en el artículo 125 superior, que consagra los eventos en que procede el retiro del servidor público inscrito en carrera administrativa, a saber: 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

[27] *Sentencia de la Corte Constitucional C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.*

[28] *Sentencia de la Corte Constitucional C-954 de 2001. M. P. Jaime Araujo Rentería.*

313

satisfacción del interés general y del cumplimiento de los fines esenciales del Estado"[29].

En este orden de ideas, la Corte ha puntualizado que existe "una relación intrínseca" entre la carrera administrativa y el cumplimiento de los fines esenciales de la administración pública, al punto que, según la Corporación, el fundamento constitucional de la carrera administrativa se encuentra en los artículos 125 y 209 superiores, ya que, en ausencia de los criterios de mérito y eficiencia, "la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales ni podrá ser desarrollada con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad"[30].

3.5.1.2. Principio de igualdad

El numeral 7 del artículo 40 de la Constitución Política establece el derecho fundamental de todo ciudadano a participar en condiciones de igualdad en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede, entre otras, tener acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, acogiéndose a las reglas del concurso público y con sujeción a los méritos y calidades propios (C.P. art 125). Esta posibilidad se deriva de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, reconociendo la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, declara que pueden acceder "a todas las dignidades, todos los puestos o empleos, según su capacidad y sin otra distinción que aquella de sus virtudes y talentos"[31].

De ahí que haya precisado la Corte que el principio de igualdad está en contradicción con cualquier regulación que establezca requisitos ajenos al mérito y capacidad de los participantes, sin suficiente fundamento objetivo o que las pruebas no sean valoradas en forma razonable y proporcional a su importancia, teniendo en cuenta el cargo a proveer, pues con ello se estaría obstruyendo el derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad[32].

Con relación al principio de igualdad de oportunidades, tiene dicho la jurisprudencia de la Corte[33]*, que consiste en la posibilidad que tienen todas las personas para compartir la misma posibilidad de conseguir un empleo, así luego, por motivos justos, no se obtengan las mismas posiciones o no se logre la aspiración deseada. Por ello, la posibilidad de acceso a los empleos estatales, bajo el régimen de carrera, permite que las expectativas que tienen aquéllas se concreten en el reconocimiento de iguales oportunidades, sin que les sea permitido a las autoridades otorgar tratos preferentes, sin justificación objetiva*[34].

Tratándose de la relación de la carrera administrativa con el derecho a la igualdad, la Corporación ha indicado que "el acceso a la carrera mediante

---

[29] *Sentencias de la Corte Constitucional C-315 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño y C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.*
[30] *Sentencias de la Corte Constitucional C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo y C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.*
[31] *Sentencia de la Corte Constitucional C-901 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.*
[32] *Sentencias de la Corte Constitucional C-211 de 2007, M.P. ÁlvaroTafur Galvis. Ver además entre otras, las Sentencias C-555 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-507 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-245 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell; SU-250 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-741 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-153 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-155 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-647 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz; C-292 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-808 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-973 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-421 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-1040 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-901 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.*
[33] *Sentencia de la Corte Constitucional C-023-1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.*
[34] *Sentencia de la Corte Constitucional C-1381 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.*

concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes es una manifestación concreta del derecho a la igualdad" que se opone al establecimiento de "requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes", pues, en tal evento, se erigirían "barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales"[35].

En este sentido, "la posibilidad de acceso a los empleos estatales, bajo el régimen de carrera, permite que las expectativas que tienen (las personas) se concreten en el reconocimiento de iguales oportunidades, sin que les sea dado a las autoridades otorgar tratos preferentes" o carentes de "justificación objetiva"[36] *e implica, por lo tanto, "que las convocatorias sean generales y que los méritos y requisitos que se tomen en consideración tengan suficiente fundamentación objetiva y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca"*[37].

En todo caso, un trato legal diferente no implica automáticamente una violación de la igualdad, siempre y cuando el Legislador persiga objetivos constitucionales legítimos y la diferencia de trato constituya un medio adecuado, proporcionado y razonable para la consecución de la finalidad perseguida[38]. *El principio de la igualdad no puede ser entendido como una prohibición de las diferencias, sino como una exigencia de que las distinciones que se establezcan tengan una justificación objetiva y razonable. En otras palabras, el principio de igualdad tan sólo veda la arbitrariedad en las diferencias de trato*[39].

3.5.1.3. Principio del mérito

El constituyente de 1991 privilegió el mérito como el criterio que define la forma de acceso a la función pública y, en consecuencia, estableció el concurso público como la manera de establecerlo -salvo para los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los que determine la Ley-. Específicamente, el artículo 125 de la Carta autoriza al legislador para: ***(i)*** *fijar requisitos y condiciones determinantes del méritos y calidades de los aspirantes;* ***(ii)*** *definir las causales de retiro -además de la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario y las señaladas por la Constitución- y prohíbe tomar la filiación política de los ciudadanos para determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción*[40]. *Al respecto, puntualizó:*

De conformidad con la interpretación que de las disposiciones superiores ha realizado la Corte Constitucional, la carrera administrativa "se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público", mérito que, en tanto elemento destacado de la carrera administrativa, comparte el carácter de regla general que a ésta le corresponde. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, los principios generales de la carrera administrativa se enfocan "todos ellos a la eficacia del criterio del mérito como factor definitorio para el acceso, permanencia y retiro del empleo

---

[35] *Sentencias de la Corte Constitucional, Sentencia C-041 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.*
[36] *Ibídem.*
[37] *Sentencias de la Corte Constitucional C-041 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.*
[38] *Sentencia de la Corte Constitucional C-527 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero.*
[39] *Sentencia de la Corte Constitucional C-126 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz.*
[40] *Sentencias de la Corte Constitucional C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-901 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.*

314

público"[41] *y, en esa medida, el artículo 125 superior establece el criterio del mérito como regla general*[42].

La Corte Constitucional se ha referido al mérito como fundamento consagrado en la Carta Política para el ingreso y ascenso a la carrera pública, en los siguientes términos:

"La ratio iuris de una carrera no es otra que la de racionalizar la administración mediante una normatividad que regule el mérito para el ingreso, el ascenso, los concursos, la capacitación, las situaciones administrativas y el retiro del servicio. Con ello se objetiviza el manejo del personal y se sustraen los empleos de factores subjetivos. La idea de "mérito" es la piedra de toque del ingreso a la carrera. Tal idea es heredera espiritual de las ideas platónicas acerca del filósofo-rey. (Corte Constitucional C-071 del 25 de febrero de 1993. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero)[43].

Esto significa entonces, que el mérito, es la condición esencial para el ingreso, permanencia y la promoción en la función pública, y que le corresponde al Legislador la determinación del régimen jurídico correspondiente, señalando el sistema de nombramiento, los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes así como las causales de retiro del servicio oficial, para lo cual goza de un amplio margen de configuración dentro de los límites que impone la carrera como principio del ordenamiento superior y el marco constitucional fijado para desarrollar este criterio que ha sido determinado por la jurisprudencia constitucional[44].

3.5.1.4. Principio de estabilidad

Este principio, entendido como "la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo,"[45] *constituye un factor esencial de protección para el trabajador y, en cuanto se refiere a los servidores públicos, se instituye también en una forma de garantizar la eficacia en el cumplimiento de las funciones confiadas al Estado*[46].

La Corte sobre este mismo punto ha afirmado que "...el principio general en materia laboral para los trabajadores públicos es la estabilidad, entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo. (...) Esa estabilidad resulta ser esencial en lo que toca con los empleos de carrera, ya que los trabajadores inscritos en ella tan solo pueden ser separados de sus cargos por causas objetivas, derivadas de la evaluación acerca del rendimiento o de la disciplina del empleado"[47].

De conformidad con el principio de estabilidad plasmado en los artículos 53 y 125 constitucionales, todos los trabajadores, ya sea que estén vinculados al sector privado o que se trate de servidores del Estado pertenecientes al sistema

---

[41] *Sentencia de la Corte Constitucional C-315 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.*
[42] *Sentencias de la Corte Constitucional C-349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.*
[43] *Sentencia de la Corte Constitucional C-011 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara.*
[44] *Sentencia de la Corte Constitucional C-753 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería y SU – 086 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.*
[45] *Sentencia de la Corte Constitucional C-479 de 1992, MP: José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.*
[46] *Sentencias de la Corte Constitucional C-048 de 1997, MP: Hernando Herrera Vergara y C-838 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.*
[47] *Sentencia de la Corte Constitucional C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero y C-501 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.*

de carrera, tienen una expectativa cierta y fundada de conservar el empleo en cuanto cumplan con sus obligaciones laborales.[48]

En todo caso, la Corte ha igualmente precisado que la estabilidad laboral no configura un derecho fundamental y, en principio, no forma parte del núcleo esencial del derecho al trabajo. De suerte que, la estabilidad laboral, por regla general, no es objeto de protección a través de la acción de tutela, a menos que, por circunstancias especiales y dada su conexidad inescindible con un derecho fundamental y con otros principios, derechos y valores previstos en la Constitución sea procedente la protección reforzada de determinados trabajadores[49].

En el mismo orden de ideas la Corte ha señalado que el derecho a la estabilidad puede ser restringido para garantizar la vigencia de bienes constitucionales como por ejemplo la igualdad de oportunidades y los derechos de participación política, respetando en este, como en todo ejercicio de la potestad de configuración normativa por el Legislador los principios de racionalidad y proporcionalidad[50].

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que el referido principio no implica una inamovilidad absoluta e injustificada en el trabajo[51], *pues por medio del sistema de la evaluación en el desempeño y la calificación de los servicios se puede determinar la permanencia o no en el empleo*[52]*...* " *Subrayado fuera de texto.*

Así se concluye que las nuevas vacantes permanentes creadas para el empleo de Defensor de Familia Grado 17 Código 2125 dentro de la Regional Boyacá, deben ser ocupadas por aquellas personas que conformen las listas de elegibles vigentes para dichos cargos, situación en la cual se encuentra el accionante.

Conforme lo aquí expuesto, la sentencia de primera instancia será confirmada.

Por último, en lo que tiene que ver con la situación personal o laboral expuesta por el tercero interviniente Luis Fernando Hamon Naranjo, tanto el accionante como él participaron en igualdad de condiciones, ocupando en la lista de elegibles los puestos 20 y 16, respectivamente, fue la razón por la cual la a-quo lo vinculó a la acción en el auto admisorio (fls.83 y s.s.), advirtiendo que ocupa ***uno de los tres cargos provistos en provisionalidad.***

Ahora, la sentencia ordenó ***proceder al nombramiento del accionante en período de prueba en uno los cargos vacantes*** *creados mediante el Decreto 1479 del 4 de*

---

[48] *Sentencias de la Corte Constitucional, C-479 de 1992, MP: José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero. La Corte declara inexequible una norma dictada en desarrollo de facultades extraordinarias que establecía un sistema especial de retiro para empleados de carrera con declaratoria de insubsistencia e indemnización o retiro voluntario con compensación, por violar el principio de estabilidad consagrado en el artículo 125 Superior.*
[49] *Sentencias de la Corte Constitucional T-678 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-575 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil En el mismo sentido C-714 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y C-734 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis.*

[50] *Sentencia de la Corte Constitucional C-734 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis.*
[51] *Corte Constitucional. M.P. Vladimiro Naranjo*
[52] *Sentencia de la Corte Constitucional C-1381 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.*

315

septiembre de 2017 denominado Defensor de Familia código 2125 grado 17, como el interviniente ocupa uno de los empleos es claro que el mismo no está vacante, en tales condiciones, existen dos empleos en los que no se ha nombrado a nadie y dos ocupados provisionalmente con personas que no concursaron.

Lo anterior es suficiente para señalar que huelga examinar las condiciones subjetivas del señor Hamon Naranjo, circunstancia que habrá de ser valorada, únicamente, en caso de que el cumplimiento de esta sentencia llegue a afectarlo de manera directa. En ese escenario habría lugar a valorar las condiciones particulares del vinculado, pero ahora, no pasaría de ser una especulación, pues la accionada a esta altura no ha probado, siquiera, que haya iniciado los trámites ante la CNSC para que se le autorice el uso de la lista de elegibles, como fue ordenado y mucho menos se puede determinar en cuál de los cargos vacantes será designado el accionante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. *Confirmar la sentencia proferida el 5 de febrero de 2020 por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, en la acción de tutela iniciada por Fabián Orlando Orjuela Ramírez, por lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.*

Segundo. *Notificar a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 o por cualquier medio tecnológico idóneo a disposición de la secretaría de ésta Corporación.*

Tercero. *En firme la providencia, enviar el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión conforme al mandato del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.*

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha. Notifíquese y cúmplase,

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO ***OSCAR GRANADOS NARANJO***
Magistrado ***Magistrado***

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, veintiuno (21) de abril de dos mil veinte (2020)

Referencia: **ACCIÓN DE TUTELA**
Radicación No: **150013333012 2020 0007 00**
Accionante: **FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ**
Accionados: **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF – y COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL.**

Ingresa el proceso al Despacho, con informe secretarial, poniendo en conocimiento respuesta allegada. Para proveer de conformidad, previo las siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. Del trámite surtido

Revisado el proceso se advierte que el 15 de abril del año en curso, por información reportada por el accionante ante el incumplimiento de la orden judicial emitida en sede de tutela, se ordenó previo a dar apertura al trámite incidental de desacato, oficiar al **REPRESENTANTE LEGAL del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENETAR FAMILIAR**, para que en el término de dos (2) días, informara:

" i) *Si a la fecha se ha dado cumplimiento total al fallo de tutela proferido por este estrado judicial el 05 de febrero de 2020, confirmado por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante providencia del 12 de marzo de 2020, que amparó los derechos fundamentales de acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso del señor FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ, identificado con C. C. No. 1.049.623.986.*

ii) *Informe lo que le corresponda sobre el escrito presentado por el accionante, a través de mensaje de datos recibido el 15 de abril de 2020. Para tal efecto, por Secretaría envíese copia del escrito en mención.*

iii) *Informe si la entidad en virtud de los Decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional, incluido el Decreto 491 del 28 de marzo de 2020, dentro del proceso de selección en el que participó el accionante, conforme la listas de elegibles en firme, están realizando los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones señalados en la normatividad vigente aplicable a la materia.*

iv) Informe si la entidad en virtud de los Decretos legislativos, incluido el Decreto 491 del 28 de marzo de 2020, dentro del proceso de selección en el que participó el accionante, a las personas nombradas y con acto de posesión emitidos durante la emergencia sanitaria, ha dispuesto etapa de inducción, informando a los interesados que el período de prueba iniciará una vez se supere dicha Emergencia.

v) Informe si la entidad, en virtud de los Decretos legislativos, incluido el artículo 6 del Decreto 491 de 2020, dispuso hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, por razón del servicio y como consecuencia de la emergencia, suspender, mediante acto administrativo, los términos de las actuaciones administrativas de la sede administrativa."

También se ordenó requerir al encargado de la oficina de Talento Humano del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, para que informara nombres y número de cédula de la persona que funge actualmente como **REPRESENTANTE LEGAL del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, o quienes hagan sus veces,** así como su correo electrónico personal, a efectos de notificarle las decisiones en este trámite procesal; y finalmente.

Dando cumplimiento a lo anterior, por Secretaría se elaboraron y enviaron los oficios correspondientes.

2. Contestación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

EDGAR LEONARDO BOJACA CASTRO, actuando en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, mediante oficio 10400 sin fecha, allegado mediante mensaje de datos el día 17 de abril de 2020, manifestó que el auto del 15 de abril de 2020, proferido por este estrado judicial incurrió en dos causales de nulidad a saber: **(i)** indebida notificación, como quiera que la funcionaria del ICBF referenciada en la providencia no es la llamada a cumplir la orden contenida en el fallo de tutela del 05 de febrero de 2020; y **(ii)** No haber agotado los requerimientos previos a los funcionarios responsables del cumplimiento del fallo, antes de dar inicio al trámite incidental.

(i). Nulidad por indebida notificación

Refirió que el auto del 15 de abril de 2020, proferido por este estrado judicial incurrió en nulidad por indebida notificación, al haber requerido al representante legal del ICBF, frente al cumplimiento del fallo de tutela del 05 de febrero de 2020, puesto que ella no es la funcionaria responsable del cumplimiento de la referida providencia.

Dijo que las órdenes proferidas en el fallo de tutela dirigidas al ICBF están relacionadas con: **i)** iniciar los trámites necesarios ante la Comisión Nacional del servicio civil para solicitar el uso de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 20182230071825 del 17 de julio de 2018; y **ii)** el posterior nombramiento y posesión de las personas integrantes de la lista; y

que las funciones legal y constitucionalmente establecidas para la Dirección General del Instituto se encuentran en la Ley 7ª de 1979, el Acuerdo 102 de 1979 aprobado por el Decreto 334 de 1980 y el artículo 78 de la Ley 489 de 1998 y ninguna de ellas está relacionada con las órdenes impartidas en el fallo de tutela.

Señaló que el artículo 11 del Decreto 987 de 2012, establece las funciones en cabeza de la Dirección de Gestión Humana del ICBF, dentro de las cuales encuadran las órdenes impartidas en el fallo de tutela.

(ii). Nulidad del auto por omitir requerimiento previo

Manifestó que las etapas que debe agotar el Juez de tutela en el trámite incidental de desacato, las fija el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, por lo que previo al trámite incidental se debe realizar por lo menos dos (2) requerimientos, el primero a la autoridad supuestamente incumplida, el segundo, dirigido al superior jerárquico; y que la tercera etapa del incidente de desacato es la apertura del incidente, providencia que debe notificarse y en la cual debe decretarse las pruebas solicitadas por las partes.

Arguyó que dentro del presente trámite incidental el Despacho debió requerir previamente a las autoridades llamadas a cumplir la orden contenida en el fallo del 05 de febrero de 2020, antes de iniciar el trámite incidental, esto es el funcionario responsable del cumplimiento del fallo, que no es otra persona que el Director de Gestión Humana, en atención a sus funciones.

Señaló que dichos requerimientos previos resultaban indispensables con el fin de que el citado funcionario pudiera ejercer, desde el inicio sus derechos de defensa y contradicción, exponiendo los argumentos respectivos frente al presunto incumplimiento endilgado.

Frente a las órdenes impartidas en el fallo de tutela refirió que mediante comunicación 20201211000000092231 del 15 de abril de 2020, el ICBF –a través del Director de Gestión Humana-, le informó a la CNSC que las vacantes para el empleo de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, ya se encuentran en el aplicativo SIMO y tiene número de OPEC asignado y, por ello, el Instituto se encuentra a la espera de que la CNSC autorice el uso de la lista de elegibles para efectuar la provisión según lo dispuesto en el fallo de tutela adjunto copia de la respectiva comunicación.

Finalmente, como peticiones solicitó *"PRIMERO: DECRETAR LA NULIDAD del auto de requerimiento previo, dictado el 20 de marzo de 2020 por el Juzgado 4 Penal del Circuito de Neiva* ***(sic),*** *por indebida notificación y pretermisión del requerimiento previo. SEGUNDO: DESVINCULAR del presente trámite incidental a la Directora General del ICBF por carecer de competencias y funciones frente a las gestiones administrativas ordenadas en el fallo de tutela. TERCERO: ABSTENERSE de ordenar la apertura del trámite incidental en contra del ICBF"*.

Por otro lado, se observa que mediante escrito allegado por mensaje de datos el día 20 de abril de 2020, el señor EDGAR LEONARDO BOJACA CASTRO, en

calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, informó que el Decreto 491 de 2020 en su artículo 14 señala: "*En el evento en que el proceso de selección tenga listas de elegibles en firme se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones señalados en la normatividad vigente aplicable a la materia. La notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar electrónicos. Durante el período que dure la Emergencia Sanitaria estos servidores públicos estarán en etapa de inducción y el período de prueba iniciará una vez se supere dicha Emergencia.*"

Motivo por el cual, aseguró que una vez recibida la autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, comunicara los nombramientos en periodo de prueba en los términos señalados en el Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017 artículo 2.2.5.1.6, y que las posesiones se efectúan en los plazos señalados en el mismo ordenamiento, es decir, dentro de los 10 días hábiles después de la aceptación o en la fecha de la prórroga cuando esta se solicita.

Señaló que las personas que son nombradas en período de prueba, en la comunicación se les informa que una vez tomen posesión estarán en proceso de inducción mientras esté vigente el estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y que una vez se supere dicho estado, iniciarán los 6 meses de período de prueba que señala la norma.

Refirió que a la fecha no se tiene autorización de la CNSC para nombrar a ningún de los elegibles que integran la lista del accionante.

Conforme lo anterior, se tiene las siguientes

II. CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia consagró el mecanismo de amparo de la acción de tutela, instituido para que toda persona pueda reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando alguno de éstos resulte vulnerado o amenazado por acción u omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares encargados de la prestación de un servicio público, conforme a lo preceptuado en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Ahora bien, proferido el fallo que conceda la tutela, según el artículo 27 *ibídem* **la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora**; si no lo hiciere, el juez que mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza, deberá dirigirse a la autoridad responsable para que se cumpla la orden y si es del caso, se abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél; y si no se cumple, se le requerirá al superior, quien también quedará supeditado por incumplimiento a la apertura de proceso disciplinario en su contra, además de adoptarse las medidas necesarias para el cabal cumplimiento de la sentencia.

En esa medida, este estrado judicial acudió a la autoridad responsable del cumplimiento de la orden judicial emitida para proteger los derechos fundamentales del señor Fabián Orlando Orjuela Ramírez, con el fin de verificar el agravio. Como quiera que la entidad alegó en su defensa, una irregularidad susceptible presuntamente de nulidad, es menester analizar lo siguiente:

La Corte Constitucional ha señalado que *"las nulidades son irregularidades que se presentan en el marco de un proceso, que vulneran el debido proceso y que, por su gravedad, el legislador –y excepcionalmente el constituyente– les ha atribuido la consecuencia –sanción– de invalidar las actuaciones surtidas. A través de su declaración se controla entonces la validez de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso"*[1]. Adicionalmente, ha precisado que en materia de nulidades en los procesos de tutela se aplicará en lo pertinente el Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, de conformidad con la remisión que efectúa el artículo 4° del Decreto 306 de 1992[2].

Así las cosas, se tiene que en las nulidades que se pueden alegar en las acciones de tutela, son las contenidas en el Código General del Proceso, la cual debe aplicarse en los casos en que el Decreto 2591 de 1991 no haya establecido una disposición determinada, y siempre que no sea contrario al procedimiento expedito y sumario de la acción de tutela.

Al respecto, el artículo 133 del Código General del Proceso, establece las siguientes causales de nulidad:

> *"Artículo 133. Causales de nulidad. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:*
>
> *1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.*
>
> *2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.*
>
> *3. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida.*
>
> *4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.*
>
> *5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.*
>
> *6. Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado.*

[1] Sentencia T-125 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
[2] La norma en cita dispone: "Artículo 4o. De los principios aplicables para interpretar el procedimiento previsto por el decreto 2591 de 1991. para la interpretación de las disposiciones sobre trámite de la acción de tutela previstas por el decreto 2591 de 1991 se aplicarán los principios generales del código de procedimiento civil, en todo aquello en que no sean contrarios a dicho decreto (…)".

7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación.

8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código.
(…). "

La parte accionada sostiene que el auto proferido el 15 de abril de 2020, por medio del cual se ordenó al **Representante Legal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**, informara si a la fecha había dado cumplimiento al fallo de tutela proferido por este estrado judicial el 05 de febrero de 2020, confirmado por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante providencia del 12 de marzo de 2020, que amparó los derechos fundamentales de acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso del señor FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ, identificado con C. C. No. 1.049.623.986, está **viciado de nulidad por indebida notificación**, como quiera que no era la representante legal del ICBF, la que debía dar cumplimiento del mentado fallo de tutela, sino el Director de Gestión Humana del ICBF, ya que dentro de sus funciones se enmarcan las órdenes impartidas en la presente acción constitucional.

Para el efecto, invocó la causal establecida en el numeral octavo del artículo 133 del Código General del Proceso, no obstante, tiene un fundamento desacertado, como quiera que aquella, está dirigida a proteger la forma de notificación de acuerdo como lo establezca la ley, y no para alegar como lo pretende la defensa de la entidad, que no es la representante legal, la autoridad pertinente para hacer cumplir la orden judicial, lo cual estaría más enmarcado en una posible falta de legitimación en la causa.

Ahora bien, cabe precisar que la nulidades son taxativas, por tanto para desatar el argumento expuesto por la defensa, se entenderá que se trata de una irregularidad y no como una nulidad; sin embargo, se debe manifestar que la acción de tutela fue dirigida contra el ICBF a través de su representante legal, bajo la consigna de ser la entidad que había violado o amenazado los derechos fundamentales del señor Fabian Orjuela (artículo 13 Decreto 2195 de 2001), a quién entonces se le ordenó notificar el auto admisorio de la demanda, habiendo cumplido con dar respuesta de la misma, es decir, que estuvo inmersa en el trámite que se surtió en el trámite tutelar, tanto, que se apeló la decisión de primera instancia, bajo argumentos distintos a que no era aquella la funcionaria obligada a cumplir las órdenes impartidas, o sin que ello hubiese sido objeto de aclaración, corrección o adición, que se fundara en

desvirtuar que en cabeza de su representante legal no estaba el deber de acatar la orden judicial.

Nótese que la verificación de cumplimiento, que ahora atiende este estrado judicial, tiene como fundamento lo resuelto tanto en el fallo de primera instancia como en el fallo confirmatorio expedido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, siendo evidente que las órdenes están dirigidas al REPRESENTANTE LEGAL DE LA ENTIDAD; sin que ello sea óbice, para que se disponga al interior de la entidad, de los requerimientos necesarios a los funcionarios competentes, para que se cumpla el fallo emitido como protección de los derechos fundamentales del accionante.

Así, se itera, la autoridad responsable de la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales amparados en sede de tutela es EL REPRESENTANTE LEGAL DEL ICBF, quien debe cumplir dentro del término dispuesto para el efecto, la orden judicial emanada de la sentencia, y para ello, el juez de tutela debe velar por su cumplimiento, brindando una protección cierta, estable y oportuna a las personas cuyos derechos fundamentales han sido conculcados, con el propósito de que el conflicto no se prolongue indefinidamente en desmedro tanto de la seguridad jurídica como del goce efectivo de las garantías constitucionales[3]

Ahora bien, frente al argumento de defensa denominado **"***omitir requerimiento previo***"**, sustentada en que dentro del presente trámite incidental el Despacho debió requerir previamente a las autoridades llamadas a cumplir la orden contenida en el fallo del 05 de febrero de 2020, esto es al Director de Gestión Humana, en atención a sus funciones, llanamente se dirá, que no puede predicarse de ello ninguna causal de nulidad contenida del artículo 133 del CGP, aunado a que como ya se explicó, el procedimiento se atendió conforme el Decreto 2195 de 2001, requiriendo a la autoridad responsable del agravio y sobre quien recaía la orden de la sentencia de tutela, motivo por el cual no hay lugar a más pronunciamiento al respecto.

De otra parte, frente al cumplimiento de las órdenes impartidas en providencia del 05 de febrero de 2020, confirmada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante sentencia de segunda instancia del 12 de marzo de 2020, se advierte por esta instancia que milita en el expediente el oficio No. 2020121100000092231 del 15 de abril de 2020, emitido por el ICBF y dirigido la CNSC, con el fin que autorice el uso de la lista de elegibles para efectuar la provisión del cargo según lo dispuesto en el fallo de tutela; petición que fue recibida y radicada con el *"N°. 20203200484362 15 - 04 - 2020 05:12:01 Anexos: 1 Destino: 320 GRUPO DE A - Rem/D: JOHN FERN GUZMAN UPA Consulte el estado de su trámite en nuestra página web.http://www.cnsc.gov.co Código de verificación: 4298b"*

[3] Sentencia SU-1219 de 2001, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa

Nótese que si bien, la actuación surtida por la accionada se hace a propósito del requerimiento realizado en el *sub lite,* así lo hace ver la fecha que data de la misma del requerimiento, esto es, 15 de abril de 2020, también es cierto que permite deducir que se han iniciado los trámite administrativos ante la CNSC "*con el fin de que esta entidad autorice el uso de la lista de elegibles conformada mediante resolución No. 20182230072575 del 17 de julio de 2018, para que se nombre al señor FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ, en periodo de prueba en uno de aquellos cargos vacantes creados mediante decreto No. 1479 del 04 se septiembre de 2017 en el empleo denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, de conformidad con las razones expuestas en precedencia"*, razón por la cual se observa un cumplimiento inicial que no permite por el momento dar apertura al incidente de desacato propuesto por el accionante, y así se resolverá en esta providencia; no sin antes, exhortar a la entidad accionada para que continúe dentro del términos pertinentes con el trámite que le corresponde al procedimiento de nombramiento y posesión del actor.

Por lo expuesto, EL JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA,

RESUELVE:

PRIMERO: Negar la nulidad propuesta por la entidad accionada frente al auto del 15 de abril de 2020, que realiza requerimiento previo a dar apertura de incidente de desacato, por las razones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

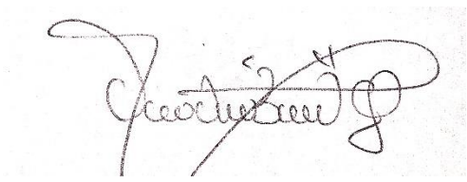
SEGUNDO: Negar la solicitud de desvinculación del presente trámite incidental del Representante legal del ICBF, por las razones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Abstenerse de dar apertura al trámite incidental de desacato en contra del Representante Legal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF, por cuanto acreditó la realización de gestiones a su cargo con el fin de dar cumplimiento al fallo proferido por este estrado judicial el 05 de febrero de 2020, confirmado por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante providencia del 12 de marzo de 2020, por las razones señaladas en la parte motiva.

CUARTO: Por **Secretaría** ofíciese a COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL, para que preste toda su colaboración y de manera prioritaria realice las gestiones a su cargo con el fin de autorizar el uso de la lista de elegibles conformada mediante resolución No. 20182230072575 del 17 de julio de 2018, para que se nombre al señor FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ, en periodo de prueba en uno de aquellos cargos vacantes creados mediante Decreto No. 1479 del 04 se septiembre de 2017 en el empleo denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, de conformidad con la petición elevada por el ICBF, el pasado 15 de abril de 2020.

QUINTO: Exhortar al **INSTITUTO COLOMBIANA DE BIENESTAR FAMILIAR** que una vez se obtenga la autorización que deba emitir la Comisión Nacional del Servicio Civil, cumpla con los términos establecidos en el proceso de selección en el que participó Fabián Orjuela, y se disponga lo pertinente para su nombramiento y posesión.

Notifíquese y Cúmplase.



DEYNA JOHANA BELTRÁN GONZÁLEZ
Juez

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, cinco (05) de febrero de dos mil veinte (2020)

Referencia:	**ACCIÓN DE TUTELA**
Radicación No:	**150013333012 – 2020 – 0007 – 00**
Accionante:	**FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ**
Accionados:	**INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF – y COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL.**

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela, interpuesta por el señor **FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ** contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF** y **LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL,** por la presunta vulneración a sus derechos y garantías fundamentales al acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos que dan lugar a la acción

El accionante manifestó que se desempeñó como supernumerario del ICBF en el cargo de Defensor de Familia desde el 16 de marzo de 2016 hasta agosto de 2017 cuando fue nombrado en provisionalidad, nombramiento que finalizó el 07 de enero de 2019 con ocasión de la posesión de quien superó el concurso de méritos convocado mediante acuerdo No. 20161000001 del 05 de septiembre de 2016.

Señaló que mediante acuerdo No. 20161000001 del 5 de septiembre de 2016, La Comisión Nacional del Servicio Civil, ahora CNSC, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF y mediante resolución No. CNSC-20182230072575 del 17 de julio de 2018 se conformó la lista de elegibles, donde ocupó el puesto 16, lista que tiene una vigencia de dos años a partir de su firmeza.

Refirió que mediante resolución No. 11454 del 06 de diciembre de 2019 se nombró en periodo de prueba a ALEXANDRA CONSTANZA PIRAZÁN ÁVILA quien ocupaba el puesto 15 en la lista de elegibles y que el 22 de noviembre de 2018 la CNSC expidió la resolución No. CNSC-20182230156785 que revocó el artículo 4 de los actos administrativos que contienen la lista de elegibles, motivo por el cual el ICBF no pudo utilizar la lista contenida en la resolución CNSC-20182230072575 del 17 de julio de 2018, donde el accionante está en turno de opción ante el nombramiento de quienes ocuparon las primeras quince casillas.

Señaló que ante la expedición del decreto No. 1479 de 2017 el ICBF expidió la resolución No. 7746 por medio de la cual se distribuyen los cargos de planta de personal del ICBF, creando 5 cargos denominados Defensor de Familia, código 2125 grado 17, para el ICBF-Regional Boyacá, y mediante resolución No. 7781 hizo unos nombramientos en provisionalidad de los cuales fueron previstos tres cargos quedando dos vacantes.

Manifestó que en uno de los tres cargos previstos nombraron al señor LUIS FERNANDO HAMON NARANJO, como defensor de familia, código 2125, grado 17 asignado al centro zonal Tunja 2, quien ocupa el puesto 20 de la lista de elegibles conformada mediante resolución No. CNSC- 20182230072575 del 17 de julio de 2018, en la cual el accionante ocupa el puesto 16 y en la que está en turno para ser nombrado.

Que el 04 de diciembre de 2018 la CNSC expidió la resolución No. CNSC-20182230162005 "*Por la cual declara desierto el concurso para algunas vacantes ofertadas en el marco de la*

convocatoria No. 433 de 2016" y que el 01 de agosto de 2019 aprobó y expidió criterio de unificación sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, unificación que fue aclarada el 22 de noviembre de 2019.

Señaló que con fundamento en la Ley 1960 de 2019, el criterio de unificación de la CNSC y su aclaración, radicó ante el ICBF y la CNSC derechos de petición de fecha 04 y 11 de diciembre de 2019, donde solicitó al ICBF realizara la actuación administrativa correspondiente y solicitara a la CNSC autorización del uso directo de la lista de elegibles, para que el ICBF lo nombrara en periodo de prueba en el cargo de defensor de Familia código 2125, grado 17, asignado al centro zonal Tunja 2, ya que existía la vacante definitiva creada con posterioridad a la convocatoria 433 de 2016, que se encontraba con una persona nombrada en provisionalidad, peticiones que fueron negadas argumentando que no les es aplicable la Ley 1960 de 2019, ya que los acuerdos de la convocatoria 433 de 2016, fueron aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, por lo que no tiene derecho a ser nombrado en periodo de prueba.

Manifestó que el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle al resolver la impugnación de acción de tutela en un caso similar, sostuvo que por encontrarse vigente la lista de elegibles al momento de la expedición de la ley 1960 de 2019 le es aplicable el artículo 6 de la misma norma.

2. Objeto de la acción.

Con fundamento en los hechos relacionados, de manera literal solicita como pretensiones las siguientes:

> "***PRIMERO:*** *Tutelar los derechos fundamentales al acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso en consecuencia;*
> ***SEGUNDO:*** *Ordenar al ICBF que mediante comunicación solicite a la Comisión Nacional de Servicio Civil el uso directo de la lista de elegibles, conformada mediante resolución No. CNSC- 20182230072575 del 17-07-2018, para que me nombre en periodo de prueba en la vacante surtida en provisionalidad que hay del cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, asignado al Centro Zonal Tunja 2, lo anterior dando aplicación a lo consagrado en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.*
> ***TERCERO:*** *Ordenar a la Comisión Nacional de Servicio Civil que autorice al ICBF, el uso directo de la lista de elegibles, para que el ICBF me nombre en periodo de prueba en la vacante surtida en provisionalidad que hay del cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, asignado al Centro Zonal Tunja 2, lo anterior dando aplicación a lo consagrado en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.*
> ***CUARTO:*** *Ordenar a la Comisión Nacional de Servicio Civil, que emita correspondiente resolución, donde se establece el pago que el ICBF debe hacer por el uso de la lista de elegibles, conformada mediante resolución No. CNSC- 20182230072575 del 17-07-2018, para que me nombre en periodo de prueba en la vacante surtida en provisionalidad que hay del cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, asignado al Centro Zonal Tunja 2.*
> ***QUINTO:*** *Una vez se realice el pago por parte del ICBF a la Comisión Nacional de Servicio Civil y se emita la autorización de mi nombramiento, el ICBF me nombre en periodo de prueba en la vacante surtida en provisionalidad que hay del cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, asignado al Centro Zonal Tunja 2.*
> ***SEXTO:*** *En conclusión se ordene al ICBF y a la CNSC, adelantar todas las actuaciones administrativas necesarias para que me nombren en periodo de prueba en el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, asignada al Centro Zonal Tunja 2, lo anterior dando aplicación a lo consagrado en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019".*

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

- INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF (fls.95-119)

A través de mensaje de datos recibido del 27 de enero de 2020, el abogado EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO, en calidad de jefe de la oficina jurídica del ICBF manifestó que advierte la improcedencia de la presente acción de tutela por no cumplir con los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, subsidiariedad y perjuicio irremediable, puesto que el 23 de julio de 2018 se publicó lista de elegibles donde el accionante ocupó la posición No. 16, la cual no fue cuestionada sino las actuaciones que

surgieron con posterioridad es decir las respuestas emitidas por el ICBF y la CNSC a las peticiones elevadas en agosto y diciembre de 2019 relacionadas con la posibilidad de usar la lista de elegibles para proveer cargos creados con posterioridad a la convocatoria 433 de 2016.

Refirió que el actor cuenta con los medios de control previstos en la ley 1437 de 2011 para controvertir tales actuaciones específicamente a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Dijo que se exige la aplicación retrospectiva de una norma de carácter general, esto es la Ley 1960 de 2019, la cual se expidió casi 1 año después de haberse publicado la lista de elegibles, frente a lo cual el accionante cuenta con la acción de cumplimiento para ventilar tal pretensión.

Señaló que la Ley 1960 de 2019 no es aplicable en el presente caso, como quiera que esta se rige a futuro y, por ende, no puede cobijar los acuerdos de convocatoria aprobados antes de su entrada en vigencia, esto es, antes del 27 de junio de 2019, más aun cuando la lista de elegibles en la que se encuentra el accionante – resolución 20182230072575 del 17 de julio de 2018, cobró firmeza el 31 de julio del mismo año, es decir casi 1 año antes de expedirse la nueva norma, por lo que la situación jurídica del accionante no se hubiese consolidado bajo la normatividad anterior.

Manifestó que aunque el actor hace referencia al fallo de tutela del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca resuelto a favor de la señora Jessica Lorena Reyes Contreras por hechos similares a los alegados en esta acción constitucional, fallo que no ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional pues se encuentra surtiendo el trámite de revisión ante la Corte Constitucional. En todo caso, existen otras decisiones judiciales en las que los jueces han denegado el amparo impetrado en relación con la controversia jurídica planteada, por lo que no se configura un precedente unificado y reiterado sobre la materia.

Refirió que el ICBF hizo los respectivos nombramientos de la lista de elegibles, en estricto orden de lista, habiéndose nombrado a las personas que ocuparon los primeros lugares, y que el accionante no tiene derecho a ser nombrado en propiedad para el cargo al que aspiro cuando este solo tiene 12 vacantes, tampoco puede ser nombrado en cargos diferentes a los ofertados a través de la OPEC 34262, para el cual se inscribió y no en otros adicionales lo que implicaría una extralimitación en el ejercicio de funciones de la entidad nominadora.

Conforme a lo anterior el apoderado solicitó declarar improcedente el amparo impetrado por el señor FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ y en caso de estimarse procedente negar la acción constitucional al no advertirse violación a los derechos fundamentales del accionante.

- COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (fls. 120-132)

A través de mensaje de datos recibido el 27 de enero de 2020, la CNSC, a través del asesor jurídico encargado, contestó la acción constitucional manifestando que el accionante no puede a través de la acción de tutela acceder a un cargo para el cual no concursó y cuyos derechos no ganó en mérito, lo que implicaría el desconocimiento no sólo de las reglas del proceso de selección sino la violación de los principios constitucionales de acceso a cargos públicos por mérito, igualdad, legalidad y transparencia.

Señaló que es cierto que el señor FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ, participó en el concurso de méritos convocado mediante acuerdo No. 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016 para el empleo identificado con el código OPEC No. 34262, una vez superadas las fases del concurso se publicó la resolución No. CNSC-20182230072575 del 17 de julio de 2018, en el cual el accionante ocupo el lugar No. 16 con un puntaje de 73,52, acto administrativo que fue remitido al ICBF, para que realizara los nombramientos conforme al número de vacantes ofertadas para esa OPEC.

Que el 16 de enero de 2020 se expidió el criterio *"uso de lista de legibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019"*, el cual menciona que la lista de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los proceso de selección aprobados con anterioridad al 27 de julio de 2019, deberán usarse dentro de su vigencia para proveer:

- Las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera-OPEC de la respectiva convocatoria.
- Para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos.

Manifestó, que para hacer uso de listas de elegibles sobre los mismos empleos ofertados, deberá mediar solicitud expresa por parte de la entidad, quien además deberá apropiar y cancelar el costo previsto para el uso de las listas de elegibles establecido en la resolución No. 0552 del 21 de marzo de 2014, posteriormente la CNSC procederá a verificar las listas vigentes de la entidad.

Refirió que ante un eventual caso que el ICBF, a la fecha, disponga de vacantes con la misma denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito y funciones, deberá registrarlas en SIMO y expedir el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal y solicitar a la CNSC el uso de listas con cobro, para que se autorice dicho uso y se provean definitivamente las vacantes existentes, de conformidad con la Ley 1960 de 2019.

Arguyó que la CNSC no tiene competencia frente a la administración de plantas de personal, por lo que las acciones tendientes a un eventual nombramiento del accionante, corresponden al ICBF, reiteró que desconoce que dicha entidad disponga de vacantes con la misma descripción del empleo en el cual participó el accionante.

Dijo que la convocatoria 433 del ICBF inició con la expedición del acuerdo 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016, es decir que para la fecha de expedición de la ley 1960 de 2019, la convocatoria del ICBF ya se encontraba en ejecución y por consiguiente ya estaba ofertado el empleo de nivel profesional, denominado profesional universitario, grado 11, código 2044, identificado con el código OPEC No. 39544, por lo que las listas producto de dicho concurso solo podrán ser utilizadas para la provisión definitivas de las vacantes inicialmente ofertadas. Por lo que no es procedente aplicar la retrospectividad de la Ley 1960 de 2019.

Finalmente solicitó declarar la improcedencia de la presente acción.

- LUIS FERNANDO HAMON NARANJO (fls. 173 -235)

El 30 de enero de 2020, el señor LUIS FERNANDO HAMON NARANJO, en su condición de vinculado al proceso de la referencia manifestó que mediante decreto 2138 del 22 de diciembre de 2016, el Gobierno Nacional aprobó la creación de una planta global de carácter temporal del ICBF, para lo cual la entidad convocó a concurso interno No. PT-DF-001 para proveer el cargo de defensor de familia código 2125 grado 17, dentro del cual ocupó el segundo lugar en la lista de elegibles de dicha convocatoria, sin que el primero de la misma, se hubiera posesionado, por lo que fue nombrado en provisionalidad en dicho cargo, a través de la resolución No. 1372 del 09 de marzo de 2017, nombramiento que fue prorrogado a través de la resolución No. 778 del 05 de septiembre de 2017, al crearse de manera definitiva el cargo para el cual había concursado, por cumplir con el perfil.

Señaló que en la actualidad cuenta con 56 años, es padre de 2 hijos, DANIEL FERNANDO HAMON OVALLE, quien padece trastorno esquizoafectivo de tipo bipolar, patología mental crónica e irreversible, quien depende exclusivamente de él toda vez que su señora madre LUZ AMERICA OVALLE GARCÍA, falleció el 20 de agosto de 2019, además es padre de NATALIA SOFIA HAMON RUGELES, quien padece de epilepsia mioclónica juvenil, y requiere medicación permanente, por lo que si es desvinculado de su cargo se vería afectado su mínimo vital y el de su familia.

Señaló que aunado a ello se encuentra pagando créditos por valor de $57.548.130, por lo que necesita el empleo para su subsistencia y la de su familia.

Dijo que el accionante se encuentra vinculado al ICBF como supernumerario, por lo que no se le está vulnerando el derecho al trabajo.

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Problema jurídico.

Corresponde al Despacho establecer la procedencia del amparo constitucional interpuesto por el señor FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a fin de que se aplique la ley 1960 de 2019, a pesar de que su proceso de selección estuvo regido por la normatividad anterior esto es Ley 909 de 2004 y Decreto 1894 de 2012.

En caso afirmativo establecer si se advierte la vulneración de los derechos y garantías fundamentales de acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso por parte de las entidades accionadas al no haber efectuado el respectivo nombramiento pese a que el accionante en este momento se encuentra en turno para nombramiento de la respectiva lista de elegibles, bajo el argumento que los cargos vacantes fueron creados con posterioridad a la convocatoria.

A fin de desatar dicho cuestionamiento, el Despacho seguirá la siguiente metodología: i) procedencia de la acción de tutela, ii) Derecho al acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, iii) Derecho a la igualdad, y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa, y iv) caso concreto.

(i). Procedencia de la acción de tutela.

El artículo 86 constitucional consagró la acción de tutela como un mecanismo residual para la protección de derechos, dado que su procedencia está supeditada a que el afectado carezca de otro medio de defensa judicial[1], salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[2].

El carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios para la protección de sus derechos fundamentales. Este imperativo constitucional pone de relieve que para solicitar el amparo de un derecho fundamental, el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia de la acción de tutela.

En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que el juez debe analizar, en cada caso concreto, si los otros mecanismos judiciales disponibles permiten ejercer la defensa de

---

[1] En Sentencia T-507 de 2012 se reiteró: *"El alcance de esta disposición constitucional fue precisado por el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, precepto que al regular la procedencia de la acción de tutela consagra en su numeral primero que ésta no procederá "cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla 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 el solicitante"."*

[2] En Sentencia T-753 de 2006, este Tribunal señaló que *"la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, por carencia de previsiones normativas específicas, el afectado quede sujeto, de no ser por la tutela, a una cierta indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental. De allí que, como lo señala el artículo 86 de la Constitución, tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*.

los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, logrando su protección efectiva e integral[3].

Ahora bien, en lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, esta Corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces[4] para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes[5] y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo[6].

Sobre el particular, en la Sentencia SU-913 de 2009 se determinó que: "*en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado 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 sustituirla por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular*"[7].

En sentencia T-180 de 16 de abril de 2015 precisó:

> "(…) Ahora bien en lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, esta Corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, **en algunos casos los vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el ogotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo.**
>
> Así las cosas, este Tribunal ha entendido que la acción de tutela es un **mecanismo excepcional** de defensa de las derecho fundamentales de las personas participen en un proceso de selección de personal pública y son víctimas de un presunta desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales (…)" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

De igual forma, en la sentencia SU-133 del 02 de abril de 1998, la Corte indicó que en algunas ocasiones los medios ordinarios no resultan idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en concursos para acceder a cargos. Afirmó la referida providencia:

> "*Así las cosas, esta corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas de las personas acreedoras a un nombramiento en cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso no encuentra solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos tramites más dispendiosas y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo*

Respecto de la idoneidad y eficacia del instrumento judicial ordinario, en Sentencia T-569 de 2011 se indicó que: "*El deber del juez de tutela examinar si la controversia puesta a su consideración (i) puede ser ventilada a través de otros mecanismos judiciales y (ii) si a pesar de existir formalmente, aquellos son o no suficientes para proveer una respuesta material y efectiva a la disputa puesta a su consideración. (…) no es suficiente para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de* **brindar inmediata y plena protección** *a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría obligarse un medio judicial que conduzca al afectado en la práctica a tener que* **esperar por varios años** *mientras sus derechos fundamentales están siendo violados*".

[4] En la Sentencia T-507 de 2012 se indicó al respecto: "*Para la Corporación es claro que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo, debido proceso y, al acceso y participación en cargos públicos, que se presenta cuando las autoridades públicas desconocen los mecanismos de selección establecidos en los cargos públicos, no se resuelve por medio del mecanismo ordinario, puesto que éste implica un trámite, a veces demorado, frente a una situación que requiere una solución inmediata para la efectiva protección de un cargo de carrera consagrado en el artículo 125 de la Constitución Política. (…) En conclusión, (…) la tutela es procedente aunque exista otro mecanismo de defensa. Dicha procedencia se justifica la subsidiariedad de la tutela radica en que, al ser un estudio de medio de defensa al interior de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se encuentra que el mismo no es eficaz ni idóneo para la protección inmediata de los derechos y para garantizar la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución Política*".

[5] Sentencia SU-961 de 1999.

[6] Sentencia T-556 de 2010.

[7] Corte Constitucional, Sentencia T-180 de 16 de abril de 2015, MP Jorge Iván Palacio.

La violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata"

La sentencia T-160 de 2018, tambien señaló la procedencia excepcional de la acción de tutela en el concurso de méritos cuando a pesar de existir otro medio de defensa judicial, este no resulta idoneo para evitar un perjuicio irremediable.

> *"Esta sala de revisión encuentra que la accion de amparo constitucional se convierte en el mecanismo idóneo de defensa judicial para resolver la controvercia sometida a revisión, por una parte, por que las pretensiones del accionante no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, pretension para la cual puede acudir a los medios de control de la jurisdicción de lo contencisos administrativo, sino que pretende demostrar que la aplicación de estas normas en su caso concreto lesionan sus derechos fundamentales"*

Entonces, en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales al acceso a la función pública, al debido proceso y al trabajo.

La Corte ha resaltado que la provisión de empleos a través de concurso busca la satisfacción de los fines del Estado y garantiza el derecho fundamental de acceso a la función pública. Por ello, la elección oportuna del concursante que reúne las calidades y el mérito asegura el buen servicio administrativo y requiere de decisiones rápidas respecto de las controversias que surjan entre los participantes y la entidad[8].

Así las cosas, la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales.

Ahora bien, este estrado judicial encuentra que la acción de amparo constitucional se convierte en el mecanismo idóneo de defensa judicial para resolver la controversia en estudio, pues las pretensiones del accionante no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, pretensión para la cual puede acudir a los medios de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que pretende es el respeto por la garantía fundamental del debido proceso al considerar que la ley 1960 de 2019 se debe aplicar en su caso concreto, para ser nombrado y posesionado en el empleo denominado defensor de familia código 2125 grado 17 del Instituto Colombiano de Bienestar familiar, cargo para el cual concurso y aprobó cada una de las etapas del concurso.

ii) Derecho al acceso al desempeño de funciones y cargos públicos

El numeral 7° del artículo 40 de la Constitución Política instituye, el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, como una expresión protegida del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. De otro lado el artículo 123 de la norma en mención señala que *"son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios"*.

La Corte Constitucional en la mencionada Sentencia C-123, indicó:

> *"Aunque el acceso a la función pública corresponde a un derecho constitucionalmente garantizado, distintas son las formas dispuestas para escoger a las personas que cumplirán funciones al servicio del Estado. Así, el artículo 125 de la Carta estoblece la carrera administrativa como regla general tratándose de los empleos en órganos y entidades estatales, pero a continuación exceptúa de ella los cargos "de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y aquellos determinados por la ley" e*

[8] Sentencia T-333 de 1998.

indica, en su segundo inciso, que "los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o por la ley, serán nombrados por concurso público".

iii). Derecho a la igualdad, y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa.

El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el *clientelismo*, el *nepotismo* o el *amiguismo* sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.[9]

Para la Corte Constitucional, ese sistema es una manifestación del principio de igualdad de oportunidades contenido en los artículos 13 y 125 la Carta Política, en tanto la selección del personal para el servicio público debe estar orientado para: *(i)* garantizar un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y *(ii)* contemplar medidas positivas frente a grupos sociales vulnerables o históricamente discriminados en términos de acceso a cargos estatales.[10]

Resulta vulneratorio del principio de igualdad de oportunidades cualquier práctica que discrimine a los aspirantes a un empleo público en razón de su raza, sexo, convicciones religiosas o políticas. Asimismo, es contrario al mencionado principio toda conducta que sin justificación alguna rompa el equilibrio entre los participantes de un concurso. De igual manera, resultan inconstitucionales por desconocer el principio de igualdad de oportunidades, aquellos concursos públicos que carezcan de medidas efectivas para garantizar condiciones más favorables a personas pertenecientes a ciertas poblaciones cuyas posibilidades de acceso al empleo público haya sido tradicionalmente negado.[11]

De otra parte, a partir del mandato contenido en el artículo 125 de la Carta y en virtud del derecho al debido proceso [12], la jurisprudencia ha derivado un conjunto de reglas orientadoras del sistema de ingreso, ascenso y retiro del servicio público. Así, la Corte Constitucional ha señalado que: (i) el empleo público es, por regla general, de carrera; (ii) los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán escogidos por concurso público; (iii) el ingreso a la carrera administrativa y los ascensos serán por méritos; y (iv) el retiro se dará únicamente 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*".[13]

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en sentencia C-040 de 1995, explicó detalladamente las etapas que, por regla general, conforman los concursos públicos para proveer los empleos de carrera [14]. En dicha oportunidad esa Corporación explicó que la escogencia del servidor público de carrera debe estar precedida de las fases de (i) convocatoria, (ii) reclutamiento, (iii) aplicación de pruebas e instrumentos de selección y (iv) elaboración de lista de elegibles, enfatizando en que aquellas deben adelantarse con apego al principio de buena fe y los derechos a la igualdad y debido proceso.

Como consecuencia de lo anterior, cuando la administración luego de agotadas las diversas fases del concurso clasifica a los diversos concursantes mediante la conformación

---

[9] Sentencia C-319 de 2010

[10] *Ibid.*

[11] Ibid.

[12] El derecho al debido proceso ha sido definido por la Corte como "*el respeto a las formas previamente definidas, en punto de las actuaciones que se surtan en el ámbito administrativo y judicial, de salvaguardando en todas las etapas del mismo, de permeabilización e imparcialidad.*" Para esta Corporación, el debido proceso es de especial importancia para el cabal desenvolvimiento de las diversas etapas del concurso, ya que solo a través de aquel es posible "*brindar a los administrados seguridad jurídica y garantizar su defensa, así como el correcto funcionamiento de la administración y la certeza de la validez de sus actuaciones.*" En consecuencia, se desconoce el derecho fundamental al debido proceso de una persona "*cuando el mismo cambia las reglas de juego aplicables al concurso y, posteriormente al cambio, aplica que se sujeta a ellas de buena fe.*"

[13] Ver las sentencias C-901 de 2008, C-315 y C-211 de 2007, C-1122 de 2005 y C-349 de 2004, entre otras.

[14] Reiterado en la sentencia SU-913 de 2009.

de una lista de elegibles, está expidiendo un acto administrativo de contenido particular, *"que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman."*

La Corte Constitucional ha señalado que las listas de elegibles generan derechos subjetivos que, por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado [6]; o en hipótesis en las cuales su producción o aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales.

V. Caso concreto

En el presente asunto la parte accionante, solicita le sean amparados sus derechos y garantías fundamentales al acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso violentados presuntamente por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y la Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC en tanto no ha sido nombrado en periodo de prueba en el empleo denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en uno de los empleos creados en la planta de personal de carácter permanente del ICBF mediante decreto 1479 de 2017, cargos que fueron creados con posterioridad a la convocatoria No. 433 de 2016, en la cual el señor ORJUELA RAMIREZ participó y aprobó todas las fases del concurso ocupando el puesto 16 de la lista de legibles, por lo que solicitó se realice el correspondiente nombramiento y posesión y que no se dilate bajo ninguna circunstancia su posibilidad de ejercer el empleo para el que efectivamente concursó.

Reposa en el expediente el siguiente material probatorio:

- El señor FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ, participó en la convocatoria No. 433 de 2016 donde la CNSC mediante acuerdo No. 20161000000176 del 05 de septiembre de 2016, ordenó proveer la planta de personal del ICBF para optar a la vacante del empleo denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17; ocupando el puesto 16 de la lista de elegibles notificada mediante resolución No. CNSC-20182230072575 del 17 de julio de 2018[7].

- Mediante resolución No. 11454 del 06 de diciembre de 2019[8] se nombró a ALEXANDRA CONSTANZA PIRAZÁN ÁVILA en el empleo denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, atendiendo que es quien continúa en estricto orden de mérito en la lista de elegibles, por ocupar el puesto número 15.

- Mediante decreto No. 1479 del 04 de septiembre de 2017, por medio del cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del ICBF, se crearon 328 cargos del empleo denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17 (fls.34 -37).

- Mediante resolución No. 7746 del 05 de septiembre de 2017 se distribuyeron unos cargos de la planta de personal de ICBF, correspondiéndole al departamento de Boyacá 5 cargos de Defensor de Familia, código 2125, grado 17 (fl.39), de los cuales mediante resolución No. 7781 del 05 de septiembre de 2017 se hicieron tres nombramientos en provisionalidad así[9]:

---

[6] Sentencia SU 913 de 2009.
[7] Sentencias C 147 de 1997, C-155 de 2007, C 926 de 2000, C-624 de 2008, T 494 de 2008, entre otras.
[8] Por la cual se conforma lista de elegibles para proveer 12 vacantes del empleo identificado con el código OPEC No. 34262, denominado Defensor de Familia, Código 2125, grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, convocatoria No. 433 de 2016 vista a folios 26 y ss del expediente.
[9] Por medio de la cual se hace un nombramiento en periodo de prueba y se dictan otras disposiciones vista a folio 29.
[10] Fl.45

DEPEDENCIA	C. C. No.	NOMBRES Y APELLIDOS	NOMENCLATURA DEL CARGO CODIGO Y GRADO	PERFIRL	ASIGNACION BÁSICA MENSUAL
C.Z. GARAGOA	6.759.384	GUSTAVO DE JESUS BUITRAGO GALAN	DEFENSOR DE FAMILIA CÓDIGO 2125 GRADO 17	DEFENSOR DE FAMILIA	$4.290.736
C.Z. TUNJA 2	6.768.745	LUIS FERNANDO HAMON NARANJO	DEFENSOR DE FAMILIA CÓDIGO 2125 GRADO 17	DEFENSOR DE FAMILIA	$4.290.736
C. Z. DUITAMA	74.382.033	URIEL FERNANDO FONSECA SEPULVEDA	DEFENSOR DE FAMILIA CÓDIGO 2125 GRADO 17	DEFENSOR DE FAMILIA	$4.290.736

- Mediante derecho de petición de fecha 08 de agosto de 2019 dirigido al ICBF el accionante solicitó se dé cumplimiento a lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019[2], y que la dirección de gestión humana del ICBF, solicite autorización a la CNSC para el uso de la lista de elegibles conformada mediante resolución No. 20182230072575 del 17 de julio de 2018 y por lo tanto se le nombre en periodo de prueba en uno de los cuatro cargos de defensor de familia, código 2125, grado 17 de la planta global del ICBF, asignado a la regional Boyacá, centro zonal Tunja 2 (fls.55-57 y 62).

- Respuesta del derecho de petición donde el ICBF indicó que actualmente se encuentran nombrados en provisionalidad en el empleo de Defensor de Familia código 2125 grado 17 asignados a la regional Boyacá centro zonal Tunja cuatro (4) funcionarios, y que la vacante del empleo Defensor de familia código 2125 grado 17, ofertada bajo el No. OPEC 34262, solo podrá ser provista con la lista de elegibles conformada por la CNSC mediante resolución No. 20182230072575 del 17 de julio de 2018 y que atendiendo a que corresponde a esa entidad, la administración de la lista de elegibles y su correspondiente uso, el requerimiento fue trasladado a la CNSC para el trámite de su competencia (fls.58-61).

- Oficio No. 20201020071211 del 27 de enero de 2020, por medio del cual la CNSC informó al solicitante que frente al uso de las listas de elegibles *"(...)la sala plena de la Comisión Nacional de Servicio Civil, en sesión del 16 de enero de 2020 profirió el criterio unificado sobre "listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019 [3] y en ese entendico conviene manifestarle que las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse dentro de su vigencia para proveer tanto:*

1. *Las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera OPEC de la respectiva convocatoria.*
2. *Como las nuevas vacantes que se generen con posterioridad a la aprobación del acuerdo de convocatoria siempre y cuando corresponda a los mismos empleos"*[4].

A su vez la entidad accionada ICBF sustenta su defensa en que la Ley 1960 de 2019 no les es aplicable al accionante en tanto que fue expedida con posterioridad a la convocatoria a la cual éste último participó.

En este orden de ideas es oportuno trascribir el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 que dispone:

"ARTÍCULO 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:

1. ...
2. ...
3. ...

---

[2] Modificatoria de la Ley 909 de 2004.
[3] El cual deja sin efectos el criterio unificado de fecha 01 de agosto de 2019 "lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019" junto con su aclaración.
[4] Fl.172

> **4.** *Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborara en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2)[1] años.* ***Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convacados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad". Subraya del despacho.***

Encuentra el despacho que de conformidad con la norma transcrita y sin mayores elucubraciones, las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad, deben ser provistos por las listas de elegibles que se encuentren vigentes[2]; y esa misma interpretación fue a la que llegó la CNSC a través de su Sala Plena, en sesión del 16 de enero de 2020 donde unificó criterio sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019 de la siguiente manera:

> *"(...) en ese entendido conviene manifestarle que las listas de elegibles conformadas por la CNSC que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse dentro de su vigencia para proveer tanto las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera OPEC de la respectiva convocatoria,* ***como las nuevas vacantes que se generen con posterioridad a la aprobación del acuerdo de convocatoria siempre y cuando corresponda a los mismos empleos".***

Como quiera que el señor FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ, concurso y aprobó las etapas señaladas en la convocatoria 433 de 2016, ocupando el puesto No. 16 de la lista de elegibles para proveer el empleo denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, lista que a la fecha se encuentra vigente toda vez que expira el próximo 30 de julio de 2020, y atendiendo que mediante decreto No. 1479 del 04 de septiembre de 2017, se crearon 328 cargos de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, los cuales se distribuyeron mediante resolución No. 7746 del 05 de septiembre de 2017, correspondiéndole al departamento de Boyacá 5 de esos empleos y de los cuales mediante resolución No. 7781 del 05 de septiembre de 2017 se han hecho solamente tres nombramientos en provisionalidad[3], es del caso señalar que el accionante tiene derecho a que el ICBF lo nombre en uno de esos empleos por cuanto cumple con los presupuestos que exige el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019.

Las listas de elegibles generan derechos subjetivos que, por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado[4]; o en hipótesis en las cuales su producción o aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales; por lo que la entidad accionada ICBF no puede caprichosamente proveer empleos de ESA entidad, con personas que no surtieron un concurso o desconociendo el orden de prelación de la lista de elegibles vigente.

Dicha actuación debe estar investida con todas las ritualidades propias del debido proceso.

Ahora bien, la entidad demandada alega en su defensa que la Ley 1960 rige hacia futuro y por ende no puede cobijar los acuerdos de convocatoria aprobados antes de su vigencia es decir antes del 27 de junio de 2019, máxime que la lista de la convocatoria donde se encuentra el accionante cobró firmeza el 31 de julio de 2018 es decir casi 1 año antes de expedirse la nueva norma.

Al respecto cabe aclarar que la entrada en vigencia de una ley determina el momento en que este empieza surtir efectos jurídicos y modifica las situaciones jurídicas de las personas; para esta instancia no existe duda que prevalece el principio de irretroactividad, en el

---

[1] La vigencia es de dos (2) años contados a partir de su firmeza.
[2] fl.45
[3] Sentencias C-147 de 1997, C-155 de 2007, C-926 de 2000, C-624 de 2008, T-494 de 2008, entre otras.

sentido de impedir que, arbitrariamente, se apliquen indiscriminadamente, normas a situaciones jurídicas que adquirieron un carácter cierto antes de su entrada en vigencia.

No obstante, no puede pasarse por alto que los conceptos de retroactividad y retrospectividad son sustancialmente distintos; la primera, es entendida por la jurisprudencia constitucional[23], como el fenómeno en el cual la ley se aplica a situaciones ya definidas o consolidadas de acuerdo con las leyes anteriores, esta aplicación es excepcional pues, la norma no tiene per se, la virtud de regular situaciones que se han consolidado jurídicamente antes de su promulgación. La segunda retrospectividad, se presenta cuando estas se aplican a partir del momento de su vigencia a situaciones de hecho que han estado gobernadas por una norma anterior, **pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado** al momento de entrar a regir una nueva disposición.

Éste fenómeno la retrospectividad, ha sido considerado por la Corte Constitucional, como *"un límite a la retroactividad, asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y a la superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del valor justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en nuestra sociedad"*[24]

Desde esa perspectiva si bien la convocatoria No. 433 de 2016 en la que concurso el accionante se surtió con anterioridad a la entrada en vigencia de las Ley 1960 de 2019 y la lista de elegibles cobró firmeza el 31 de julio de 2018, ésta no ha expirado como quiera que tiene una vigencia de dos años los cuales culminan el próximo 31 de julio de la presente anualidad, generando la expectativa en el actor de su nombramiento al cargo para el cual concurso, lo que hace que los efectos jurídicos no se hayan consolidado.

En suma la ley no puede ser retroactiva, pero en algunos casos, puede ser retrospectiva si se tiene en cuenta que los efectos jurídicos ante una situación originada con anterioridad de la expedición de la ley, se encuentran en curso; ello atendiendo las consideraciones de justicia y equidad. No puede perderse de vista que se trata de la aplicación de una norma actualmente vigente que resulta más beneficiosa y garantiza el derecho a la igualdad ante la ley.

Así las cosas, atendiendo las sub reglas establecidas por la Corte Constitucional tal como se expuso en el sustento jurídico de la presente providencia, el sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el *clientelismo*, el *nepotismo* o el *amiguismo* sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.

Por otro lado se tiene que el principio del mérito en el acceso a la función pública se encuentra instituido en el artículo 125[25] superior, a fin de garantizar que en todos los órganos y entidades del Estado se vinculen las personas que ostenten las mejores capacidades. Como lo ha sostenido la Corte *"todos los empleos públicos tienen como objetivo común el mejor desempeño de sus funciones para la consecución de los fines del Estado"*[26]. Para tal efecto, el

---

[23] Corte Constitucional, sentencia T-389 de 2009.
[24] Ibidem
[25] "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."
[26] Cfr. Sentencia C-1086 de 1999; "La Constitución de 1991 exaltó el mérito como criterio predominante que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado, entendido como factor determinante de la designación y de la promoción de los servidores públicos, con las excepciones que la Constitución contempla (art. 125 C.P.), tal criterio no podría tomarse como exclusivamente reservado para la provisión de empleos en la Rama Administrativa del Poder Público, sino que, por el contrario, es para todos los órganos y entidades del Estado, regla general obligatoria cuya inobservancia implica vulneración de las normas constitucionales y violación de derechos fundamentales."

Legislador cuenta con la autonomía necesaria para determinar los requisitos y condiciones del aspirante, sin entrar en contradicción con las normas constitucionales[12].

Con base en lo expuesto, este estrado judicial, concluye que declarará que el representante legal del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF** vulneró los derechos y garantías fundamentales de acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso del señor **FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ.**

Frente a la actuación de la CNSC dirá esta instancia que no vulneró derecho fundamental alguno en razón a que las conductas que se reprochan y que han quedado verificadas no fueron ejercidas por dicha entidad.

Por consiguiente, se ordenará al representante legal del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF que dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, inicie todos los trámites administrativos ante la Comisión Nacional de Servicio Civil - CNSC, con el fin de que esta entidad autorice el uso de la lista de elegibles conformada mediante resolución No. 20182230072575 del 17 de julio de 2018, para proceder al nombramiento de FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ, en periodo de prueba en uno de aquellos empleos vacantes creados mediante decreto No. 1479 del 04 se septiembre de 2017 denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17.

Lo anterior sin perjuicio de que el ICBF tenga en cuenta las condiciones de las personas que se encuentran actualmente nombradas en dichos empleos.

Por lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO.- DECLARAR que el representante legal del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF** vulneró los derechos y garantías fundamentales de acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso del señor **FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ,** de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- TUTELAR los derechos fundamentales de acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso del señor **FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ,** vulnerados por el representante legal del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF**, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO.- ORDENAR al representante legal del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF que dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, inicie todos los trámites administrativos ante la Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC, con el fin de que esta entidad autorice el uso de la lista de elegibles conformada mediante resolución No. 20182230072575 del 17 de julio de 2018, para proceder al nombramiento de FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ, en periodo de prueba en uno de aquellos empleos vacantes creados mediante decreto No. 1479 del 04 se septiembre de 2017 denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, de conformidad con las razones expuestas en precedencia.

CUARTO.- Declarar que la **COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL – CNSC** no vulneró derecho fundamental alguno al accionante por lo expuesto en la parte considerativa.

---

[12] Así se estableció en la sentencia C-901 de 2008, donde concretamente se dijo: "En suma, el mérito, como fundamento de ingreso, ascenso y retiro de la carrera administrativa, no solo se ajusta a los principios y valores constitucionales sino que al encaminarse al logro de los fines consagrados en el artículo 209 Superior, propende por la supresión de los factores subjetivos en la designación de servidores públicos y la eliminación de prácticas anti-modernas como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo."(Ver al respecto las sentencias C-071 de 1993; C-195 de 1994; C-563 de 2000; C-1230 de 2005; C-315 de 2007, entre otras.)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación No.: 150013333012-2020-0027-00
Accionante: FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ
Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF – Y COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL.

QUINTO.-INFORMAR a las partes que esta decisión podrá impugnarse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de éste proveído.

SEXTO.- NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE al señor FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ, en la dirección anotada en el escrito contentivo de la acción constitucional.

SÉPTIMO.- Para los efectos de notificación de las demás partes procédase conforme a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, a través de la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos de Tunja.

OCTAVO.- ORDENAR que en el evento de no ser impugnada la presente decisión, se remita el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase,

EDITH MILENA RATIVA GARCIA
JUEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO CINCUENTA Y CINCO (55) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D. C., seis (6) de mayo de dos mil veinte (2020)

ACCIÓN:	**TUTELA**
PROCESO N°.:	**11001-33-42-055-2020-00079-00**
ACCIONANTE:	**MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**
ACCIONADOS:	**COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF; UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (vinculados).**
ASUNTO:	**SENTENCIA N°. 029**

Procede el Despacho a proferir sentencia dentro de la **acción de tutela** instaurada por el señor **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N°. 1.095.916.652 de Girón - Santander, en nombre propio, en contra de la **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC** y el **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF**, **Universidad de Medellín y Ministerio de Hacienda y Crédito Público (vinculados),** al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y al acceso a cargos públicos.

I. OBJETO

El accionante pretende:

1. *Que se me tutelen los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo, acceso a cargos públicos debido a la puesta en peligro de estos por parte de el (sic) INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF" y la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC.*

2. *Se ordene a la CNSC y al ICBF que en el termino (sic) de 48 horas siguientes al fallo de tutela, realicen los tramites (sic) administrativos pertinentes para que se de (sic) cumplimiento a lo ordenando en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles Resolución No. CNSC 20182230084005 del 10/08/2018, la cual adquirió firmeza el día 27/08/18; "Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer ciento seis (106) vacantes del empleo identificado con el código OPEC No. 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del sistema general de carrera administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, convocatoria No. 433 de 2016-ICBF"; para que me nombren y posesionen en las más de las setenta y seis (76) vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017 en la ciudad de Bogotá D.C., y así evitar un perjuicio irremediable.*

3. *De no prosperar la pretensión del numero dos (02) ya sea porque el juez constitucional aplique en el fallo efectos inter comunis y por ende se agoten las vacantes establecidas en la ciudad de Bogotá D.C., bajo el criterio de mejor derecho sobre la Resolución No. CNSC 20182230084005 del 10/08/2018, la cual adquirió firmeza el día 27/08/18; solicito que se aplique por inconstitucionalidad el criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019, proferido por la CNSC el*

1 de agosto del 2019, por lo expuesto en la parte de FUNDAMENTOS JURÍDICOS en lo que respecta a la tesis de la sentencia de la Corte Constitucional T-180/15, produciendo per sé que me nombren y posesionen en las más de 328 cargos creados para Defensor de Familia por medio del Decreto 1479 de 2017 y que actualmente se encuentran en VACANCIA DEFINITIVA, y de ser en lo posible en departamentos como Cundinamarca, Antioquia, Santander y Atlántico por que son territorios que en un hipotético caso no afectarían mi núcleo familiar.

II. HECHOS

De los hechos narrados, se destacan:

1. El accionante se inscribió el 18 de diciembre de 2016 a la convocatoria número 433 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF al cargo identificado con la OPEC 34242 Nivel: profesional, Denominación: Defensor de Familia, Código: 2125 y Grado: 17, donde se ofertó 106 vacantes para el municipio de Bogotá D.C., dicha Convocatoria se hizo mediante el Acuerdo 20161000001376 de 2016 emanado por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC.

2. Presentó y aprobó las pruebas realizadas por la Universidad de Medellín el día 3 de septiembre de 2017, cuyos resultados fueron publicados hasta el mes de octubre de la misma anualidad. Después de realizada la etapa de valoración de antecedentes obtuvo un puntaje global de 66.78 puntos, quedando en el lugar 190.

3. Señaló que, el día 16 de agosto del año 2018, la CNSC publicó la lista de legibles para la OPEC; mediante la Resolución No. CNSC 20182230084005 del 10/08/2018, la cual adquirió firmeza el día 27/08/18; en dicha lista de elegibles el accionante ocupa el puesto 190.

4. Agregó que, el ICBF creó 328 cargos de Defensor de Familia por medio del Decreto 1479 de 2017, que actualmente se encuentran en vacancia definitiva. Igualmente, indicó que la Corte Constitucional y la normatividad establecen que no pueden haber vacantes definitivas siempre que hayan listas vigentes, es así, que el accionante el 4 de febrero de 2020 radicó petición ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, peticionando lo siguiente: *"i. Que basados en el Acuerdo 562 de 2016 de la CNSC y en las demás normas que rigen para el uso de las listas de elegibles conformadas para un empleo con OPEC específica, se haga uso de la lista elegibles para la OPEC 34242 Nivel: profesional, Denominación: defensor de familia Código 2125 Grado 17 donde se ofertó 106 vacante para el Centro Zonal Bogotá D.C, emitida mediante la Resolución No. CNSC – 20182230084005 del 10- 08-2018, la cual adquirió firmeza el día 27/08/18. En dicha lista de elegibles, yo ocupo el lugar 190 y que, en consecuencia, de ello, se proceda a efectuar mi nombramiento en periodo de prueba en la otra vacante (que está en vacancia definitiva) de Defensor de familia existente en el Centro Zonal en Bogotá D.C., por estar de en la lista de elegibles de la OPEC 34242 Nivel: profesional, Denominación: defensor de familia Código 2125 Grado 17.; ii. Se me informe porque se van a apartar de la providencia: Sentencia de segunda instancia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca de fecha: 18 de noviembre del 2019, bajo el radicado No. 76001333302120190023401, en caso de no acceder a mi petición principal señalándome las razones de hecho y de derecho; iii. Se me informe de la lista de elegibles de la Resolución No. CNSC – 20182230084005 del 10-08-2018, la cual adquirió firmeza el día 27/08/18, cuantas personas han sido nombradas en las 106 vacantes ofertadas en la Comisión Nacional del Servicio Civil que convocó a Concurso para el ICBF 433 – ICBF y iv. Se me informe cuantas personas están ocupando cargos en calidad de: Provisionalidad y encargos del empleo*

Denominado: defensor de familia Código 2125 Grado 17, de conformidad al DECRETO 1479 DE 2017, discriminándome cuantos en la ciudad de Bogotá y cuantos a nivel nacional".

5. Finalmente sostuvo que, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF" mediante radicado SIM 1761751814 de fecha 25 de febrero de la presente anualidad, negó las solicitudes.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto de 23 de abril de 2020, el Despacho admitió la presente acción y ordenó notificar a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF** y se ordenó vincular a la **UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN**, así como, a los demás integrantes de la lista de elegibles que figuran en la Resolución Nº. 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, OPEC 34242, del Nivel: Profesional, Denominación: Defensor de Familia, Código: 2125 y Grado: 17; y a las personas que actualmente ocupan cargos en el ICBF, en el Nivel: Profesional, Denominación: Defensor de Familia, Código: 2125 y Grado: 17, de conformidad con la ampliación de la planta, dispuesta en el Decreto 1479 de 2017 (fl.49); notificación que se efectuó el 23 de abril de 2020, tal como obra en el expediente, visible a folio 51.

Posteriormente, con auto de 28 de abril de 2020, se ordenó vincular al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**. De otra parte, se ordenó notificar por intermedio de las entidades accionadas CNSC e ICBF, a los demás integrantes de la lista de elegibles de la Resolución Nº. 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, OPEC 34242, del Nivel: Profesional, Denominación: Defensor de Familia, Código: 2125 y Grado: 17; y a las personas, que actualmente ocupan cargos en el ICBF, en el Nivel: Profesional, Denominación: Defensor de Familia, Código: 2125 y Grado: 17, de conformidad con la ampliación de la planta.

IV. RESPUESTA DE LA ACCIONADA

- **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC**

La entidad contestó la demanda vía correo electrónico el 27 de abril de 2020, y manifestó que desconoce las acciones adelantadas por el ICBF, respecto de su planta de personal con la expedición del Decreto 1479 de 2017, y las peticiones que el accionante dirigió al ICBF.

Señaló que, es cierto que el accionante participó en el concurso de méritos, convocado mediante Acuerdo 20161000001376 de fecha 5 de septiembre de 2016, para el empleo identificado con el código OPEC N°. 34242, y que, una vez superadas las fases del concurso, se publicó la Resolución N°. CNSC – 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, en la cual el accionante ocupó la posición 190, con un puntaje de 66.78 puntos, sin embargo, los cargos disponibles eran 106, por lo que no había lugar a nombrarlo; precisando que el empleo N°. 34242, se encuentra provisto.

De igual forma, manifestó que los miembros de la lista, que no fueron nombrados, se encuentran en espera de que se generen nuevas vacantes del mismo empleo, siempre que se encuentre vigente la lista, esto es, hasta el 26 de agosto de 2020, especificando que los participantes de los concursos de méritos no cuentan con derechos adquiridos a obtener un empleo público, y simplemente son titulares de una expectativa que únicamente se materializa, cuando cumplen todos los requisitos legales y superan todas la etapas del proceso de selección.

Finalmente, la CNSC advierte que no tiene competencia alguna frente a la administración de plantas de personal, por lo que solicitó que se disponga la

desvinculación de dicha entidad, por falta de legitimación en la causa por pasiva y de manera subsidiaria solicitó no tutelar los derechos.

- **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF**

La entidad contestó la demanda vía correo electrónico el 27 de abril de 2020, expresó que la tutela presentada por la accionante se torna improcedente, toda vez que carece de subsidiaridad y no se configura un perjuicio irremediable, en atención a que ya se publicó la lista de elegibles y el 27 de agosto de 2018 adquirió firmeza, designándose a quienes ocuparon los 106 lugares de la lista, por ser la cantidad de cargos ofertados.

Considera que el cuestionamiento que se hace por parte del accionante, no es sobre la lista, sino de la no aplicación del numeral 6 de la Ley 1960 de 2019, que regula cargos a proveer por fuera de la convocatoria, la cual ya quedó agotada por haberse nombrado a los 106 participantes del listado de elegibles. En este sentido, manifestó que la aplicación de la ley en cita, requiere del cumplimiento de actos complejos y apropiaciones presupuestales, actuaciones coordinadas del ICBF con la Comisión Nacional del Servicio Civil, las cuales se vienen implementando a partir de enero de 2020.

Asimismo, advierte que la Ley 1960 de 2019, creo la posibilidad de ascenso para los empleados de carrera, por lo cual, se dispondrá del 30% de dichas vacantes y el resto se podrá ofertar, motivo por el que todo es un proceso de actuaciones administrativas y financieras, que se han venido adelantando, sin que hasta el momento exista nueva lista de elegibles aprobada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, motivos por los que solicita se declare improcedencia de la acción constitucional.

De manera posterior, el seis (6) de mayo de dos mil veinte (2020), el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF, a través de correo electrónico, agregó a la respuesta inicial tratando aspectos referentes a las actuaciones de la entidad para el uso de las listas, y de otra parte, hizo referencia al caso de la señora Amparo Forero Fonseca, quien solicitó ser coadyuvante; de esta manera señaló que en la Oferta Pública de Empleos de Carrera N°. 34242 (OPEC 34242), se ofertaron ciento seis (106) vacantes del empleo denominado Defensor de Familia Código 2125, Grado 17, de la cual resultó una lista de elegibles en la que la señora Amparo Moreno Fonseca ocupó la posición N°. 190.

Con relación al concepto de 16 de enero de 2020, de la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC, en el que emitió el criterio unificado “uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”, manifiesta que el ICBF ha adelantado las siguientes actuaciones:

a. Verificación e identificación en la planta global, los empleos que cumplen con las características definidas en el criterio anterior (igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones,) y en especial la ubicación geográfica.
b. Se validaron las 1196 listas de elegibles conformadas dentro de la Convocatoria 433 de 2016,
c. Como resultado de lo anterior, se evidencia que para el empleo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 OPEC (34242) ofertado dentro de la Convocatoria 433 de 2016, en la que participaron el accionante, como la interviniente señora AMPARO MORENO FONSECA y hace parte de la lista de elegibles 20182230084005 del 10 de agosto de 2018, existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC.
d. Posteriormente se reportó y actualizó la OPEC, en el aplicativo Sistema de Apoyo para la igualdad, el mérito y la Oportunidad (SIMO), de

conformidad con lo expuesto en la Circular Conjunta No. 20191000000117 del 29 de julio de 2019.

En atención a lo anterior, manifiesta que la entidad mediante oficio N°. 202012110000099591 de fecha 17 de abril de 2020, radicado en la CNSC con N°. 20203200500242, solicitó el uso de listas de elegibles para proveer las vacantes DEFINITIVAS que cumplen las condiciones del criterio unificado expedido por la CNSC, en especial la ubicación geográfica donde fue ofertado el empleo.

Así mismo, manifestó que se encuentran a la espera de la respuesta por parte de la CNSC, quienes informaran si existen elegibles que cumplan los requisitos para el uso de listas de los empleos que cumplan las condiciones de igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica, entre otros.

De otro lado, expuso que la Dirección de Gestión Humana del ICBF el 31 de marzo de 2020, con memorando interno N°. 202012100000060023, solicitó adelantar los trámites para el levantamiento previo concepto ante la Dirección General del Presupuesto Público de la Nación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de contar con los recursos para el pago a la CNSC del uso de listas de elegibles.

Con relación a la solicitud de reportar las vacantes definitivas con las que cuenta el ICBF del empleo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 OPEC 34242, se informa que solo se relacionaran las correspondientes a la ubicación geográfica para la cual la señora AMPARO MORENO FONSECA concursó, sin que ello signifique, que ella será nombrada en alguna de ellas, pues, se aclaró que el empleo debe coincidir con los demás criterios previamente señalados y respetando el estricto orden de elegibilidad. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se declare improcedente la acción de tutela, y en forma subsidiaria solicitó que ésta fuera negada.

- **UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN**

La accionada presentó contestación a la acción de tutela, en la que indicó que en cumplimiento del contrato Nº. 332 de 7 de diciembre de 2016, suscrito con la Comisión Nacional del Servicio Civil, fue la encargada del desarrollo el proceso de selección del personal para la provisión de cargos en el Sistema General de Carrera del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF, publicado mediante la Convocatoria Nº. 433 de 2016.

En este sentido, aduce que su labor se redujo a la consolidación de la información para la conformación de la lista de elegibles, por lo que considera que se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva, en el entendido, que no tiene control, competencia o conocimiento, para actuar en la expedición de la lista de elegibles, ni sobre el procedimiento de nombramiento o periodo de prueba, por lo que solicita que se le desvincule de la acción de tutela.

- **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO,** guardó silencio.

PERSONAS QUE ACTUALMENTE OCUPAN CARGOS EN EL ICBF, EN EL NIVEL: PROFESIONAL, DENOMINACIÓN: DEFENSOR DE FAMILIA, CÓDIGO: 2125 Y GRADO: 17, DE CONFORMIDAD CON LA AMPLIACIÓN DE LA PLANTA.

- **Ana Marcela Serje Ochoa**

En condición de Defensora de Familia, nombrada en provisionalidad en el Centro Zonal Valledupar N°. 2 de la Regional Cesar del ICBF, mediante escrito presentado el 30 de abril de 2020, señaló que el hecho primero no es cierto, que los nombramientos provisionales en los empleos creados por el Decreto 1479 de 2017,

se efectuaron como un mecanismo de provisión transitoria de dichas vacantes, mientras se surte el correspondiente concurso de méritos para su provisión definitiva, de acuerdo a lo señalado en el artículo 2.2.5.3.1 del Decreto 1083 de 2015, por lo que considera que los nombramientos en provisionalidad de las personas que actualmente ocupan las vacantes de los empleos creados por el Decreto 1479 de 2017 son legítimos, considerando que estos nombramientos se llevaron a cabo, luego de agotarse el proceso de encargos previsto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004.

Asimismo, sostuvo que las reglas de los concursos son inmodificables, por tanto, no puede ser usada la lista de la convocatoria N°. 433 de 2016, donde no se ofertaron ninguno de los empleos creados en el Decreto 1479 de 2017.

Finalmente, considera que la tutela no cumple con los requisitos de subsidiariedad, ni de perjuicio inminente, por lo que solicita que se declare su improcedencia.

- **Dina Margarita Ruiz Martínez**

En su condición de Defensora de Familia, Código 2125, Grado 17, en la Regional Cesar, Centro zonal Valledupar N°. 2 (nombrada en provisionalidad), mediante escrito presentado vía correo electrónico el 30 de abril del 2020, contestó la acción de tutela, expresó que solicita que se declare improcedente la acción de tutela.

Lo anterior, argumentando que el parágrafo 1° del artículo 62 del Acuerdo N° 20161000001376 de 5 de septiembre de 2016, establece taxativamente que *"las listas de elegibles solo se utilizaran para proveer los empleos reportados en la OPEC de la convocatoria, con fundamento en lo señalado en el Decreto 1894 de 2012 mientras este se encuentre vigente"*, y el parágrafo del artículo primero indicó que: "*El nombramiento efectuado en el presente artículo tendrá vigencia mientras se surte el proceso de selección necesario para proveer de manera definitiva el empleo de carrera, en los términos del artículo 2.2.5.3.1. del Decreto 1083 de 2015*, *norma que estaba vigente al momento de su posesión en el cargo"*.

De otro lado, señala que el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019, reza: *"La presente Ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias"*, razón por la cual, no se puede dar aplicación en este caso.

Asimismo se opone a los efectos *inter comunis*, manifestando que se puede ver afectada, y que se debe tener en cuenta que el 3 de octubre de 2019, puso en conocimiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar su condición de salud, mediante derecho de petición en el que solicitó se le concediera estabilidad laboral reforzada por padecer una enfermedad crónica *Lupus Eritematoso Sistémico*.

Igualmente, señaló que el 20 de enero de 2020 la CNSC, se expidió un nuevo criterio indicando que con base al principio de ultractividad de la ley, se hace referencia a la revocatoria del artículo 4, y no en aplicación de la ley 1960 de 2019, por lo que mal lo interpreta el acciónate, al realizar tal afirmación teniendo en cuenta que de ser así, se estaría aplicando una Ley del año 2019 a una convocatoria del 2016, cayendo en la retroactividad de la ley, que esta proscrita en Colombia y que tal como lo establece el artículo 52 y 53 de la Ley 4 de 1913, las normas solo rigen para situaciones de hecho ocurridas con posterioridad a la fecha de su promulgación.

INTEGRANTES DE LA LISTA DE ELEGIBLES QUE FIGURAN EN LA RESOLUCIÓN Nº. 20182230084005 DE 10 DE AGOSTO DE 2018, OPEC 34242, DEL NIVEL: PROFESIONAL, DENOMINACIÓN: DEFENSOR DE FAMILIA, CÓDIGO: 2125 Y GRADO: 17

- **Manuel Orlando Mena Zapata**

Actuando en nombre propio y en condición de inscrito en el concurso de méritos N°. 433 de 2016 ICBF, iniciado a partir del Acuerdo N°. 201610000001376 de 5 de septiembre del año 2016 expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante escrito del 28 de abril de 2020, solicitó que se le acepte como coadyuvante en la presente acción de tutela, por considerar que su caso es semejante al del accionante, debido a que se encuentra en la segunda posición de la lista de elegibles, cargo Profesional Universitario, identificado con OPEC 39458, Código 2044, Grado 11, ubicado en el municipio de Santiago de Cali - Valle del Cauca.

Aclaró que, no busca que se tutelen sus derechos, sino que, se amparen los del accionante, por considerar que las actuaciones de las accionadas vulneran los derechos de los ciudadanos participantes de la Convocatoria N°. 433 de 2016, por no darle aplicación a los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, para los aspirantes en listas de elegibles vigentes.

De igual forma, señaló que con el Decreto 1479 de 2017, fueron creadas 3.737 vacantes, que en la actualidad en provisionalidad, contrariando con ello el Plan de Desarrollo; así mismo, señaló que es inadecuada la no aplicación de la Ley 1960 de 2019 para convocatorias anteriores a la firma de la expedición, derivada de la interpretación de la CNSC y su presidente, de no aplicar efecto retrospectivo, ya que considera que con el comunicado de 16 de enero de 2020 de la CNSC, se crea confusión al asociar la fecha de 27 de junio de 2019, con el concepto "*mismos empleos*" concepto que es de facto similar, a *"vacantes para las cuales se efectuó el concurso*" según el mencionado comunicado CNSC, pero completamente diferente, al concepto "*cargos equivalentes*" mencionado en la Ley 1960 de 2019.

Igualmente, manifestó que con el Acuerdo N.º 0165 DE 2020, se evade una parte de la aplicación de la Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, que fue contraria a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, E INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF, número de radicación 76 0001 33 33 021 2019 00234 01, donde se declaró inconstitucional el Criterio 1 relacionado con el artículo 6 de la ley 1960 de 2019.

- **Wilson Alexander Panqueba Cely**

Solicitó su vinculación en la presente acción de tutela, argumentando que ocupa el puesto 164 de la Resolución N°. 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, con la cual se proveen 106 vacantes del empleo código OPEC 34242, denominado Defensor de Familia, código 2125, Grado 17, que adquirió firmeza, el 27 de agosto de 2018.

Es así que, manifestó que coadyuva la acción de tutela presentada por el actor, y por tanto, apoyándose en los fundamentos jurídicos y hechos presentados por este, por lo que solicita que se amparen sus derechos y se ordene a las accionadas que procedan a realizar su nombramiento.

- **Amparo Moreno Fonseca**

Solicitó ser adherida a la presente acción constitucional, para que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a empleos públicos, en atención a que participó en la convocatoria N°. 433 de 2016 y ocupó el puesto 161 de la lista de elegibles.

En ese entendido, reiteró lo dicho por el tutelante, y solicitó que las accionantes realicen los trámites administrativos pertinentes, para que se dé cumplimiento a lo ordenado en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles de la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, la cual adquirió firmeza el 27 de agosto de 2018.

V. PRUEBAS

- **ACCIONANTE**

1. Fotocopia de la Resolución N°. CNSC – 20182230084005 de 10-08-2018, (Lista de elegibles).

2. Fotocopia de la providencia de segunda instancia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca de fecha: 18 de noviembre de 2019, Radicado N°. 76001333302120190023401.

3. Fotocopia de la petición, de fecha: 4 de febrero del 2020, vía página web al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF.

4. Fotocopia de la respuesta del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, radicado SIM 1761751814 de fecha 25 de febrero de 2020.

5. Fotocopia del fallo del Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto del tres (3) de marzo del dos mil veinte (2020), radicado N°. 52001-33-33-009-2020-00032-00.

6. Fotocopia de respuesta del derecho de petición SIM 1761751843 de fecha 4 de febrero de 2020, donde establece las vacantes vigentes del cargo de Defensor de Familia a nivel nacional.

7. Fotocopia de la cédula de ciudadanía del actor.

8. Fotocopia de la tarjeta profesional del actor.

9. Fotocopia del registro civil de nacimiento de VGD, hija menor del accionante.

- **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC**

1. Reporte de inscripción del accionante a la Convocatoria N°. 433 de 2016 – ICBF.

2. Acuerdo N°. 20161000001376 de 5 de septiembre de 2016 "*Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente 2.470 empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF*".

3. Lista de elegibles conformada mediante Resolución N°. CNSC - Resolución 20182230084005 de 10 de agosto de 2018.

4. Datos de los integrantes de la lista de elegibles.

- **EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF**

Datos de los Defensores de Familia Provisionales, en archivo Excel.

- **Manuel Orlando Mena Zapata**

Fotocopia de la cédula de ciudadanía.

- **Wilson Alexander Panqueba Cely**

1. Fotocopia de la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, la cual adquirió firmeza el 27 de marzo de 2018.

2. Resolución N° 0622 de 31 de enero de 2019, por medio de la cual, se hace nombramiento de un cargo de provisional, suscrita por el Secretario General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

3. Resolución N° 01215 de 17 de febrero de 2020, por medio de la cual se hace un nombramiento en periodo de prueba y se dictan otras disposiciones, suscrita por el Secretario General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

- **Ana Marcela Serje Ochoa**

1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía.

2. Fotocopia de la Resolución N° 7781 de 5 de septiembre de 2017, por medio de la cual se hacen unos nombramientos en provisionalidad, suscrita por la Secretaría General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

3. Fotocopia de la Resolución N°. 0987 de 17 de febrero de 2017, por la cual se hacen unos nombramientos en empleos de carácter provisional, suscrita por la Secretaria General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF.

4. Fotocopia de la respuesta a la Acción de Tutela T-2020-00100 promovida por Sandra Patricia Ortiz contra la CNSC y el ICBF.

- **Amparo Moreno Fonseca**

1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía.

2. Fotocopia de la tarjeta profesional.

3. Fotocopia de la constancia de inscripción N°. 27920232 a la Convocatoria 433 de 2016, INSTITUTO COLOMBIANO DE BINESTAR FAMILIAR, generada por el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad, de fecha 24 de noviembre de 2016.

4. Fotocopia de la Resolución N°. CNSC 20182230084005 del 10 de agosto de 2018, la cual adquirió firmeza el 27 de marzo de 2018.

- **Dina Margarita Ruiz Martínez**

1. Fotocopia de la Resolución de nombramiento planta provisional de fecha 14 de diciembre de 2017.

2. Fotocopia de la cedula de ciudadanía.

3. Fotocopia de Derecho de petición elevada al Instituto Nacional de Bienestar Familiar.

4. Fotocopia de los fallos de tutela de segunda instancia del Tribunal de Neiva y fallo de primera instancia de tutela de Santiago de Cali.

VI. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en los artículos 1 del Decreto 1983 de 2017 y 37 del Decreto 2591 de 1991, y teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la entidad demandada, este despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela.

B. PROBLEMA JURÍDICO

Estudiado el expediente, el despacho advierte que se centra en determinar, si se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a cargos públicos del señor **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, por parte del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF** y de la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC**, al no utilizar la lista de elegibles de la Resolución N°. CNSC – 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, para proveer una de las vacantes generadas, con la ampliación de la planta de personal del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF, autorizada mediante el Decreto 1479 de 2017.

C. ACCIÓN DE TUTELA

Es preciso indicar que, el artículo 86 de la Constitución Política consagró la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

Por su parte, el artículo 6 el Decreto 2591 de 1991[1], establece que este mecanismo sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la acción de tutela se utilice como un instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable; circunstancia que debe probarse para acceder a la protección aludida.

1. PROCEDENCIA

El Despacho reitera que la acción de tutela tiene carácter residual, vale decir, que procede en tanto el accionante no disponga de otros medios de defensa judicial para lograr la protección de sus derechos, en tal sentido, el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución dispone: *"Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".*

A su vez, el numeral 1° del artículo 6° del decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela no procederá: *"Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable…"*

Acentuando la anterior norma, la Corte Constitucional en Sentencia T-177 de 2011, establece: *"En los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i)* ***los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.*** *La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes;* ***no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona****; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad." (Negrillas fuera del texto).*

[1] "Por el cual se reglamenta la acción de tutela".

La norma y la jurisprudencia citada, nos indica que para amparar los derechos de una persona por medio de la acción de tutela, es necesario que exista una amenaza real, que no se disponga de otro medio, y/o que se encuentre en un estado de especial protección por parte del Estado.

2. SUBSIDIARIEDAD

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T- 076 de 2009, ha señalado reiteradamente que la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, haciendo énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección.

> *(...)* ***la acción de tutela no puede convertirse en un instrumento adicional o supletorio al cual se pueda acudir cuando se dejaron de ejercer los medios ordinarios de defensa dentro de la oportunidad legal, o cuando se ejercieron en forma extemporánea, o para tratar de obtener un pronunciamiento más rápido sin el agotamiento de las instancias ordinarias de la respectiva jurisdicción****. Su naturaleza, de conformidad con los artículos 86 de la Carta Política y 6º numeral 1º del Decreto 2591 de 1991, es la de ser un medio de defensa judicial subsidiario y residual que sólo opera cuando no existe otro instrumento de protección judicial, o cuando a pesar de existir, se invoca como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, de manera que no puede utilizarse para remplazar los procesos judiciales o administrativos, pues su finalidad no es otra que brindar a las personas una protección efectiva, real y eficaz, para la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales. En consecuencia, riñe con la idea de admitirla a procesos administrativos o judiciales en curso o ya terminados, en cuanto unos y otros tienen mecanismos judiciales ordinarios para la protección de derechos de naturaleza constitucional o legal, que por lo tanto la hacen improcedente.* Negrillas fuera del texto

Es así que, la Corte Constitucional ha venido sosteniendo que la acción de tutela resulta improcedente cuando con ella se pretenden sustituir mecanismos ordinarios de defensa que no fueron utilizados a su debido tiempo o simplemente no han sido utilizados. Lo planteado así por la jurisprudencia, tiene como objetivo fundamental la racionalización del ejercicio de la acción de tutela, en orden a evitar que a través de este medio extraordinario de protección constitucional, las personas pasen por alto los mecanismos ordinarios de resolución de conflictos establecidos en el ordenamiento.

3. PERJUICIO IRREMEDIABLE

En relación con el perjuicio irremediable la Corte en Sentencia T-1316 de 2001, ha señalado:

> *(...) En primer lugar, el perjuicio* ***debe ser inminente o próximo a suceder****. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el* ***perjuicio ha de ser grave****, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar,* ***deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva****: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.*

Por consiguiente, para que exista un perjuicio irremediable, es necesario que este sea inminente, que las medidas para corregirlo sean urgentes, que el daño a su vez sea grave y su protección perentoria.

4. PRINCIPIO DE INMEDIATEZ

La inmediatez es creada para que el amparo de los derechos fundamentales sea de manera rápida, inmediata y eficaz. Es así, que si se presenta demora en la presentación de la tutela, esta será improcedente, y por ende, se debe acudir a los mecanismos ordinarios administrativos o de defensa judicial.

En ese sentido, la Corte Constitucional en Sentencia T- 792 de 2009, estableció:

> *(…) la jurisprudencia constitucional ha enfatizado en el hecho de que el mismo exige que la acción sea promovida de manera oportuna, esto es, dentro de un término razonable luego de la ocurrencia de los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos. Esa relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el supuesto vulnerador de los derechos fundamentales, debe evaluarse, según ha dicho la Corte, en cada caso concreto, con plena observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.*

Posteriormente, la misma Corporación, en Sentencia T – 987 de 2008, indicó:

> *El presupuesto de la inmediatez como requisito de procedibilidad de la tutela, debe ponderarse bajo el criterio del plazo razonable y oportuno, con esta exigencia se pretende evitar que este mecanismo de defensa judicial se emplee como herramienta que premie la desidia, negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica. Tal condición está contemplada en el artículo 86 de la Carta Política como una de las características de la tutela, cuyo objeto es precisamente la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de toda persona, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados. En relación con el plazo razonable, esta Corte ha considerado que el mismo debe medirse según la urgencia manifiesta de proteger el derecho, es decir, según el presupuesto de inmediatez y según las circunstancias específicas de cada caso concreto.*

Es decir, para que proceda la acción de tutela, deberá establecerse el tiempo que dura el accionante en reclamar, pues, tratándose de derechos fundamentales su exigencia debe ser inmediata.

Conforme a los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales, se concluye que la tutela: ***i.)*** tiene un carácter subsidiario, ***ii.)*** debe será utilizada con el ánimo de evitar un perjuicio irremediable, donde se vean afectados derechos fundamentales, y ***iii.)*** procede cuando no existen otros medios de defensa judicial, puesto que de lo contrario, la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de derechos fundamentales, y se convertiría en un recurso ordinario.

ACCIÓN DE TUTELA - CONCURSO DE MÉRITOS

Como reiteradamente lo ha definido la Corte Constitucional y el artículo 86 de la Carta Magna lo estipula, la acción de tutela "*solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*, de manera que, su procedibilidad se supedita a que el accionante no tenga a su alcance otros mecanismos de defensa o que al tenerlos, no sean los idóneos o eficaces para garantizar la defensa de sus derechos, por último, cuando busque evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual, procederá de manera transitoria, esto es, mientras se resuelve en forma definitiva el respectivo asunto en vía judicial ordinaria.

En este sentido, dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, cuando la vulneración de los derechos se alega con fundamento en los efectos de un acto administrativo, el accionante está en la obligación de debatir el mismo en sede judicial, mediante los medios de control que el ordenamiento procesal administrativo ha estatuido para ello. **No obstante, cuando los actos que se enjuician se han proferido en el marco de un concurso de méritos su procedibilidad resulta ser más laxa**, al considerar que el mecanismo alterno no es suficientemente idóneo o eficaz, para la protección de los derechos.

De manera posterior, el alto Tribunal Constitucional, en Sentencia SU-913 de 2009, indicó:

> *(…) 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, aun existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede "desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto*** *en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos.*
>
> *Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera* ***se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso****,* ***en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata.*** *Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular (…)* Negrillas fuera del texto

EFECTO "INTER PARTES" E "INTER COMUNIS"

La Corte Constitucional en casos excepcionales, ha admitido la extensión de los efectos de sus fallos de tutela, es así que en sentencia T-203 de 2002, señaló:

> ***4. La modulación de los efectos de las sentencias por la Corte Constitucional, los efectos inter comunis y la aplicación de la sentencia SU.1023 de 2001 al presente caso***
>
> *"4.1. La Corte Constitucional, como guardiana de la supremacía e integridad de la Constitución, ejerce cuatro tipos de control constitucional. El primero, es el control abstracto de normas contenidas en actos legislativos, leyes, decretos con fuerza de ley, decretos legislativos, proyectos de ley o tratados (artículo 241, #1, 4, 5, 7, 8 y 10, CP). El segundo, es el control por vía de revisión de las sentencias de tutela, el cual a su turno puede versar sobre acciones u omisiones de orden fáctico o de orden jurídico y que comprende el control constitucional de providencias judiciales y laudos arbitrales (artículo 86 y 241 #9, CP). El tercero, es el control por vía excepcional en el curso de un proceso concreto mediante la aplicación preferente de la Constitución (artículo 4, CP). El cuarto, es el control de los mecanismos de participación ciudadana en sus diversas manifestaciones (artículo 241, # 2 y 3, CP).*
>
> *"Generalmente, los efectos de las providencias de la Corte Constitucional son diversos en cada tipo de control constitucional. Usualmente, los efectos son erga omnes y pro - futuro cuando controla normas en abstracto; son inter partes cuando decide sobre una tutela; son inter partes cuando aplica de manera*

preferente la Constitución en el curso de un proceso concreto; y son erga omnes cuando controla el ejercicio de los mecanismos de participación ciudadana. Sin embargo, no siempre el efecto de las providencias de la Corte han de ser los anteriormente señalados.

"De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, la Corte Constitucional puede modular los efectos de sus sentencias. Dentro de las múltiples alternativas disponibles, la Corte puede decidir cuál es el efecto que mejor protege los derechos constitucionales y garantiza la integridad y supremacía de la Constitución. Así lo ha hecho esta Corporación cuando ejerce un control abstracto de normas, al fijar, por ejemplo, los efectos retroactivos o diferidos de las sentencias correspondientes.

"La Corte también ha determinado los efectos de sus providencias cuando aplica la excepción de inconstitucionalidad y decidió que estos podían extenderse respecto de todos los casos semejantes, es decir inter pares, cuando se presentasen de manera concurrente una serie de condiciones.

"En materia de tutela, la Corte ha proferido numerosas sentencias en las cuales los efectos de las órdenes impartidas tienen un alcance mayor al meramente inter partes. Por ejemplo, la corte ha ordenado la adopción de programas, planes o políticas llamadas a beneficiar a personas diferentes a los accionantes y declarado estados de cosas inconstitucionales, lo cual conlleva órdenes que rebasan las partes en el caso concreto.

"La modulación de los efectos de las sentencias también se presenta en otros procesos dentro de otras ramas del derecho diferentes al constitucional. En materia civil, por ejemplo, existen normas que regulan expresamente no solo la posibilidad de acumular procesos, sino también la extensión de los efectos de la sentencia a terceros que no han participado en el proceso, no sólo para garantizar el derecho a la igualdad, sino también por razones de economía procesal, en los eventos expresamente autorizados por la ley.

"En materia constitucional existen criterios adicionales que justifican la modulación de los efectos de las sentencias. En el presente proceso resultan especialmente relevantes los que se refieren a los efectos inter comunis, desarrollados en la sentencia SU.1023/01, ya citada, de unificación sobre el mismo tema que ocupa a esta Sala.[2]

En efecto, los fallos de tutela por lo general tienen efectos inter partes, esto es, que solo producen efectos entre las partes que intervienen dentro de la actuación de la misma; no obstante, la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades ha establecido que excepcionalmente, los fallos de tutela pueden tener un efecto inter comunis, es decir, contempla ampliar sus efectos a personas que si bien no promovieron el amparo constitucional, se les debe dar un trato igualitario y uniforme por encontrarse en situaciones objetivamente similares, y sus derechos se encuentran amenazados como consecuencia de las actuaciones u omisiones de autoridades o particulares.

Asimismo, en Sentencia SU-446 de 2011 la Corte Constitucional, reiteró: *"… que se debía cobijar no solo a quienes interpusieron las tutelas cuya decisión ahora se revoca, sino a todos aquellos que se encontraran en situaciones jurídicas similares a las que dieron origen al fallo, como una forma de proteger el derecho a la igualdad."*

En este sentido, el órgano de cierre en sentencia T-946 de 2011, señaló que se deben cumplir unos requisitos para poderse dictar sentencias con efectos inter comunis, así:

[2] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU.636/03.

Con el fin de garantizar el derecho a la igualdad entre las personas a las que se les conculcan sus derechos fundamentales y acuden a la acción de tutela y aquellas que a pesar de encontrarse en la misma situación no tienen la calidad de accionantes, es preciso que la decisión del juez de tutela sea uniforme y tenga los mismos efectos para unos y otros. Así entonces, para dictar fallos con efectos inter comunis deben observarse los siguientes requisitos: "(i) que la protección de los derechos fundamentales de los peticionarios atente o amenace con atentar contra los derechos fundamentales de los no tutelantes; (ii) que quienes no acudieron a la acción de tutela y los accionantes se encuentren en condiciones objetivas similares; y (iii) que con la adopción de este tipo de fallo se cumplan fines constitucionales relevantes tales como el goce efectivo de los derechos de la comunidad y el acceso a la tutela judicial efectiva.

Finalmente, el Órgano de Cierre Constitucional en Sentencia T-843/09, dejo claro, que solo compete a ella, otorgar efectos inter comunis, así: *"Como ya se explicó en el acápite del problema jurídico,* ***solo esta Corporación expide sentencias con efectos erga omnes",*** *y posteriormente, agregó: "Es preciso recordar, que en principio, sólo la Corte Constitucional puede otorgar efectos "inter pares" o "inter comunes" a las decisiones de tutelas, cuando revisten particularidades especiales."* Negrilla fuera de texto

De la anterior manera, si bien en principio para amparar derechos de otras personas diferentes a un tutelante, se puede dictar una sentencia que favorezca sus intereses, incluso sin haber demandado, dicha facultad, solo la tiene la Corte Constitucional, cuando profiere sentencias con efectos *inter comunis.*

NORMAS DEL CONCURSO

Inicialmente debe señalarse que, el artículo 125 de la Constitución Política, establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado, son de carrera, exceptuando aquellos de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y demás que determine la ley.

- **LEY 909 DE 2004**

De otra parte, el artículo 11 de la Ley 909 de 2004, mediante la cual se expide normas que regulan el empleo público, carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, establece:

…*Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa. En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:*

a) Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley;

(…)

e) Conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles; el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia;

- **Ley 1960 de 2019**

Seguidamente, el legislador expidió la Ley 1960 de 2019, a través de la cual modificó la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998, y se estableció otras disposiciones. Con relación a la utilización de las listas de elegibles, determinó que:

> ***ARTÍCULO 6.*** *El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:*
>
> *"**ARTÍCULO 31.** El proceso de selección comprende:*
>
> *1. (…)*
>
> *2 (…)*
>
> *3 (…)*
>
> *4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años.* ***Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.*** Negrilla fuera del texto.

Finalmente, en su artículo 7 estableció que la Ley rige a partir de su publicación, esto es, a partir de 27 de junio de 2019, modificando la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y derogó las disposiciones que le fueran contrarias.

- **Acuerdo CNSC 20161000001376 de 5 de septiembre de 2016**

Por medio del cual se convoca a concurso abierto de méritos, para proveer definitivamente los empleos de las vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, Convocatoria Nº. 433 de 2016 ICBF, con relación a las listas de elegibles, esta dispone:

> ***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 a su equivalente, Convocatoria N°. 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 publicara en la página web www.cnsc.gov.co y/o enlace: SIMO o su equivalente, Convocatoria N°. 433 de 2016 ICBF, la cual constituye el medio oficial de publicación para todos los efectos legales.*
>
> ***PARÁGRAFO****: Las listas de elegibles solo se utilizaran para proveer los empleos reportados en la OPEC de esta Convocatoria, .con fundamento en lo señalado en el Decreto 1894 de 2012, mientras este 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 N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018**

A través de la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, se conformó la lista de elegibles para proveer 106 vacantes del empleo, identificado con el Código OPEC Nº. 34242 denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, Convocatoria Nº. 433 de 2016, en la que el accionante ocupa el puesto 190.

E. DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

En este caso, se aducen como transgredidos los derechos fundamentales al trabajo, debido proceso, acceso a cargos públicos e igualdad.

1. DERECHO AL TRABAJO

Respecto del derecho al trabajo Corte Constitucional, manifestó:

> *De igual manera, la jurisprudencia constitucional[14] ha considerado que la naturaleza jurídica del trabajo cuenta con una triple dimensión. En palabras de la Corporación la "lectura del preámbulo y del artículo 1º superior muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho,* ***porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio. En segundo lugar, el trabajo es un principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas por la ley en todas las circunstancias*** *(artículo 53 superior). Y, en tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, el trabajo es un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social."*[3]

1. DERECHO A LA IGUALDAD

El artículo 13 de la Constitución Política, consagra el derecho fundamental a la igualdad, en los siguientes términos:

> *… Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*
> *El estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.*
>
> *El estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.*

Respecto a la igualdad de trato, se hace necesario desarrollar reglas o criterios de evaluación para determinar cuando una persona se encuentra en una situación de

[3] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-593 de 2014.

especial protección que amerite utilizar criterios diferentes, los cuales serán usados bajo algunas condiciones especiales.

En estudio del concepto del derecho a la igualdad, la Corte Constitucional, en Sentencia C-090 de 2001, afirmó:

> *Una simple aproximación a la idea de igualdad, como concepto, como principio, o como derecho reconocido al interior de un ordenamiento jurídico, revela inmediatamente que se trata de una noción que no responde a un sentido unívoco sino que admite múltiples acepciones aplicables de acuerdo con las particularidades de cada caso. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la igualdad se manifiesta como un derecho relacional que involucra usualmente, cargas, bienes o derechos constitucionales o legales, y cuya efectiva garantía, no se traduce en la constatación de una paridad mecánica y matemática, sino en el otorgamiento de un trato igual compatible con las diversas condiciones del sujeto".*
>
> *(…), entonces, al juicio que se hace sobre una determinada circunstancia, de tal forma que resulta indispensable tomar en consideración las condiciones que afectan o caracterizan a cada uno de los miembros de una comunidad jurídica y el entorno en el que se desenvuelven.* ***Así, puede decirse que la vigencia del derecho a la igualdad no excluye necesariamente la posibilidad de dar un tratamiento diferente a personas y hechos que, de acuerdo con sus condiciones, hacen razonable la distinción.***[4] Negrillas fuera de texto

De manera que, en aplicación del derecho a la igualdad, las autoridades no pueden hacer distinciones subjetivas que carezcan de justificación alguna, pues, si imparten un trato diferencial, éste debe fundamentarse en consideraciones razonables y objetivas que hagan viable la misma, esto es, que exijan o ameriten un trato diferente por referirse a personas que se encuentran en condiciones distintas.

3. DEBIDO PROCESO

El derecho al debido proceso se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, en los siguientes términos: *"Artículo 29.* ***El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*** *(…)"* Negrillas fuera de texto

Es decir, que desde la Carta Magna, se imponen a las autoridades y a las personas que ejercen funciones públicas, el deber de respetar el debido proceso en todas sus actuaciones, garantizando con ello su observancia, no solo en el ámbito jurídico sino también en lo administrativo, esa garantía se traduce en el respeto que debe tener la administración a las formas previamente definidas, a la salvaguarda de los principios de contradicción e imparcialidad, de que la actuación administrativa se surtirá respetando todas sus etapas, ajustándose al ordenamiento jurídico legal y a los preceptos constitucionales. En esa dirección, en Sentencia T-200 de 2011, la Corte Constitucional, señaló:

> *(…) Sobre el debido proceso administrativo* ***la Corte ha precisado que su cobertura se extiende a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública en la realización de sus objetivos y fines estatales, lo que implica que cobija todas las manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que presenten los particulares, y a los procesos que adelante la administración*** *con el fin de garantizar la defensa de los ciudadanos."* Negrilla fuera de texto

[4] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-090 de 2001.

Luego, debe recordar el despacho que, el debido proceso se aplica al desarrollo de cualquier actuación que adelante una entidad pública o particular que ejerza funciones públicas, garantizándose así, los derechos de defensa y contradicción.

4. ACCESO A CARGOS PÚBLICOS

De conformidad con lo establecido en el artículo 125 de la Constitución Política, la Carrera Administrativa constituye un sistema técnico de administración de personal, que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y que ofrece estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y ascenso al servicio público.

La finalidad de la Carrera Administrativa, es que el Estado pueda "*contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública*"[5].

Para ello, se debe contar las esclusas que, garanticen la escogencia los servidores más idóneos, en ese camino, la Sala Plena de la Corte Constitucional en Sentencia C-040 de 1995, explicó detalladamente las etapas, que por regla general conforman los concursos públicos para proveer los empleos de carrera, esto es, que debe estar precedida de las fases, de: ***i.)*** convocatoria, ***ii.)*** reclutamiento, ***iii.)*** aplicación de pruebas e instrumentos de selección y (iv) elaboración de lista de elegibles; enfatizando en que aquellas deben adelantarse, con apego al principio de buena fe y los derechos a la igualdad y debido proceso.

Como consecuencia de lo anterior, cuando la administración, luego de agotadas las diversas fases del concurso, clasifica a los concursantes mediante la conformación de una lista de elegibles, está expidiendo un acto administrativo de contenido particular, ***"que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman"*** Negrilla fuera de texto; es decir, se generan derechos subjetivos que por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social, siempre que medie indemnización previa del afectado.

CASO CONCRETO

Pretende el tutelante que se ordene a la **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF**, a través de fallo de tutela, que se protejan los derechos fundamentales al trabajo, debido proceso, acceso a cargos públicos e igualdad; y en consecuencia, se realicen los trámites administrativos pertinentes para que se dé cumplimiento a lo ordenando en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, se autorice y use en su caso la lista de elegibles contendida en la Resolución N°. CNSC 20182230084005 del 10 de agosto de 2018, la cual adquirió firmeza el día 27 de agosto de 2018.

De esta forma, el accionante busca que se utilice el acto administrativo con el cual *"… se conforma la lista de elegibles para proveer ciento seis (106) vacantes del empleo identificado con el código OPEC No. 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del sistema general de carrera administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, convocatoria N°. 433 de 2016-ICBF"*; y se lo nombre y posesione, en una de las más de las setenta y seis (76) vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017, en la ciudad de Bogotá, D. C.

[5] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 682 de 2016.

Es así que, en el presente caso, se tiene que la **Convocatoria N°. 433 de 2016** inició con la expedición del **Acuerdo de la CNSC 20161000001376 de 5 de septiembre de 2016**, y culminó, con la emisión de la **Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018,** la cual adquirió firmeza el **27 de agosto de 2018,** conteniendo la lista de elegibles para proveer el empleo identificado con el Código OPEC Nº. 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF.

En ese interregno, de inicio de la Convocatoria N°. 433 de 2016 y firmeza de la lista de elegibles de la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, el Gobierno Nacional, a través del **Decreto 1479 de 4 de septiembre de 2017**, suprimió la planta de personal de carácter temporal, y amplió la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, aumentando en 328 cargos el de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, los cuales debían proveerse a través del procedimiento de la Ley 909 de 2004, y de las normas que la modifiquen adicionen, sustituyan o reglamenten.

Posteriormente, se expidió la **Ley 1960 de 2019,** la cual en su artículo 6, modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004[6], que rige la carrera administrativa, adicionándola, en el sentido de ordenar que las listas de elegibles vigentes, se utilizarían para cubrir vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, y que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso.

No obstante lo anterior, la Comisión Nacional del Servicio Civil, en criterio unificado de 1 de agosto de 2019, sobre la "*Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019 del 27 de junio de 2019",* determinó que sólo las listas que fueran aprobadas con posterioridad al 27 de junio de 2019 (fecha de vigencia de la ley), se regirían por la Ley 1960 de 2019. Seguidamente, la misma CNSC, dejó sin efectos el criterio inicial, y asumió, el 16 de enero de 2020, razonamiento distinto para el uso de estas listas, señalando que si existen listas, cuya firmeza se haya presentado con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019 y aún están vigentes, se deben utilizar para proveer las nuevas vacantes que se hayan generado, siempre y cuando se trate de los mismos empleos.

De otra parte, esta instancia verificó que el accionante el 4 de febrero de 2020, presentó petición al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, vía web, solicitando que en virtud del Acuerdo N°. 562 de 2016 de la CNSC y de las demás normas que rigen el uso de las listas de elegibles, conformadas para un empleo con OPEC específica, se haga uso de la lista de elegibles de la OPEC 34242 Nivel: profesional, Denominación: Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, de la Resolución N°. CNSC – 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, la cual adquirió firmeza el 27 de agosto de 2018, en consecuencia, se procediera a efectuar su nombramiento en periodo de prueba, en alguna de las vacantes definitivas de la ampliación de la planta de personal en el cargo de Defensor de Familia, existentes en el Centro Zonal Bogotá, de dicha entidad.

Estudiada la solicitud anotada, se evidenció que la lista de elegibles contenida en la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, adquirió firmeza el 27 de agosto de 2018, por lo que está vigente hasta el 27 de agosto de 2020, lo que permite concluir sin mayores elucubraciones, que la lista se encontraba en firme el 27 de junio de 2019, momento en que entró en vigencia la Ley 1960 de 2019, resultando para el caso en concreto, aplicable el artículo 6 de la citada norma.

[6] Texto original de la Ley 909 de 2004, parcialmente derogado por la Ley 1033 de 2006: 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.

En otras palabras, al haberse creado nuevos cargos en la planta de personal del ICBF, con el Decreto 1479 de 4 de septiembre de 2017, específicamente un total de 328 cargos, con igual denominación de Defensor de Familia, Código y Grado, algunos de estos, en la misma ubicación geográfica que los de la lista de elegibles, de los llamados en la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, es preciso nombrar en uno de estos cargos al tutelante.

Cabe destacar que, si bien el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF en su respuesta a esta instancia, señala que se encuentra adelantando todas las gestiones que implica el reajuste introducido por la Ley 1960 de 2019, y que la norma no puede tener una aplicación inmediata por imposibilidad fáctica, como quiera que implica llevar a cabo una serie de actividades complejas administrativas y financieras, de manera conjunta con la CNSC, que conllevan tiempo y recursos públicos; y que al parecer, estas entidades están adelantado las actividades administrativas necesarias para la utilización de la lista de elegibles de que tratan las presentes diligencias, dicha argumentación, no es recibo para este despacho, toda vez que en los cargos, existen personas nombradas en provisionalidad, que no hacen parte de la nombrada lista. Luego, la razón de la no utilización de la lista, no es que administrativa y presupuestalmente, no se haya podido proveer porque de ser así, los cargos creados no tendrían a la fecha personas nombradas en provisionalidad.

En consideración a lo anterior, del material probatorio obrante en el expediente, se puede concluir que, no se ha dado cumplimiento a la normatividad señalada, incluso no se ha atendido el criterio de unificación de la CNSC del 16 de enero de 2020, lo que sin dubitación alguna, genera que las entidades accionadas se encuentran vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y al acceso a cargos públicos del señor MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ.

En este sentido, se tutelaran los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos del accionante señor **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N°. 1.095.916.652, frente a la **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF.**

De igual forma, se ordenará a la **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF,** que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, realicen todos los trámites administrativos pertinentes, **para que en el caso del accionante** señor **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, se dé cumplimiento a lo ordenando en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, en consecuencia, se utilice la lista de elegibles de la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de dos mil dieciocho (2018), la cual adquirió firmeza, el 27 de agosto de 2018; para con ella proveer uno de los cargos vacantes del empleo identificado con el código OPEC N°. 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, creados por el Decreto 1479 de 2017, en la ciudad de Bogotá, D. C.

Conforme a lo anterior, se ordenará **nombrar y posesionar en periodo de prueba, al señor MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ,** identificado con la cédula de ciudadanía N°. 1.095.916.652, en una de las vacantes definitivas del empleo identificado con el código OPEC N°. 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que fueron creados en la ampliación de la planta, por el Decreto 1479 de 2017, en la ciudad de Bogotá, D. C. Se ordenará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, que previo a dar posesión al señor **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ,** deberá verificar que cumple con todos los requisitos constitucionales y legales para el ejercicio del cargo. Así mismo, se ordenará que tanto la **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF**, deben respetar en este

procedimiento, los derechos de las personas amparadas constitucionalmente, por tener condiciones especialmente protegidas.

Igualmente, no se concederá el amparo constitucional con efecto ***inter comunis****,* en atención a que como arriba se indicó, la modulación con estos efectos de los fallos de tutela, es facultativo de la Corte Constitucional en sede de revisión, y en consecuencia, no compete al Juez de instancia, extender los efectos de la presente sentencia.

De otra parte, este despacho procede a estudiar las solicitudes de coadyuvancia y adhesión, para la parte demandante, presentadas por el señor: Manuel Orlando Mena Zapata, quien manifiesta tener solo interés en aplicación de respeto por los derechos del tutelante; el señor Wilson Alexander Panqueba Cely y la señora Amparo Moreno Fonseca, quienes presentan interés propio, solicitando ser tenidos como coadyuvantes. De la misma manera, las solicitudes de coadyuvancia a las demandadas, presentadas por las señoras Ana Marcela Serje Ochoa y Dina Margarita Ruíz Martínez.

Es así que, el despacho debe indicar que las solicitudes de coadyuvancia y adhesión, presentadas en trámite de la acción de tutela, deben ser estudiadas en el contexto del inciso 2 del artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, que señala: ***"Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor*** *o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud",* agregando que sobre este punto, la Corte Constitucional en Sentencia T-062 de 2010, sostuvo: *"(…) la coadyuvancia surge en los procesos de tutela, como* ***la participación de un tercero con interés en el resultado del proceso que manifiesta compartir reclamaciones y argumentos expuestos por el demandante de la tutela, sin que ello suponga que éste pueda realizar planteamientos distintos o reclamaciones propias*** *que difieran de las hechas por el demandante (…)";* posteriormente, en Sentencia T- 269 de 2012, el Alto Tribunal Constitucional, indicó: *"(…) en la acción de tutela* ***los terceros se involucran en el proceso porque sus resultados pueden afectarlos****, pero lo hacen apoyando las razones presentadas,* *bien por el actor o por la persona o autoridad demandadas,* ***y no promoviendo sus propias pretensiones****. (…)"* Negrillas fuera del texto.

Por lo que, para tener como coadyuvantes a terceros, estos deben tener un interés en las resultas del proceso, en el cual solicitan ser tenidos como tales, buscando una sentencia favorable para el demandante, por un interés vinculado directamente con él; en el caso bajo estudio, el interés del proceso, es el amparo de los derechos fundamentales del señor Duran Gutiérrez, sin embargo, no se observa cómo se vincula con el señor Manuel Orlando Mena Zapata, a pesar de su manifestación de no tener interés distinto, que se respeten los derechos del accionante; y menos aún, se observa interés en el caso del tutelante, por parte del señor Wilson Alexander Panqueba Cely y la señora Amparo Moreno Fonseca, pues ellos, no presentan interés en las resultas de la acción del demandante, sino un interés propio, en el cual buscan hacerse participes en una acción de tutela. De otra parte, en lo referente a las señoras Ana Marcela Serje Ochoa y Dina Margarita Ruiz Martínez, ocurre igual circunstancia, por cuanto efectivamente estas dos ciudadanas, presentan intereses propios, no en el caso de las accionadas, sino para la protección de sus intereses. Es decir, ni quienes pretenden ser coadyuvantes de la parte accionante, ni quienes lo pretenden por la parte accionada, cumplen con los requisitos para ser tenidos en cuenta como coadyuvantes; razón por la cual se negaran sus peticiones.

Finalmente, en cuanto a la solicitud de declarar falta de legitimación en la causa por pasiva, en el caso de la Universidad de Medellín, esta instancia observa que dentro de su competencia, efectivamente no está las de realizar las actuaciones que aquí se ordenan, igual ocurre, en el caso del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de quien no se observa que en sus funciones tenga las de atender las pretensiones que aquí se plantean; razón por la cual, se ordenará su desvinculación.

En caso de no presentarse impugnación en contra del presente fallo, se procederá con el envío del mismo a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

En mérito de expuesto, **el Juzgado Cincuenta y Cinco (55) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la ley.

RESUELVE

PRIMERO.- TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos, del accionante **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N°. 1.095.916.652, por las razones expuestas, en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF,** que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, realicen todos los trámites administrativos pertinentes, **para que en el caso del accionante** señor **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, se dé cumplimiento a lo ordenando en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, en consecuencia, utilizar la lista de elegibles de la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de dos mil dieciocho (2018), la cual adquirió firmeza, el 27 de agosto de 2018; para con ella, proveer uno de los cargos vacantes del empleo identificado con el código OPEC N°. 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, creados por el Decreto 1479 de 2017, en la ciudad de Bogotá, D. C.

TERCERO.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, nombrar y posesionar en periodo de prueba, al señor **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N°. 1.095.916.652, en una de las vacantes definitivas del empleo identificado con el código OPEC N°. 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que fueron creados en la ampliación de la planta de la entidad por el Decreto 1479 de 2017, en la ciudad de Bogotá, D. C. Ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, que previo a la posesión del señor **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ,** debe verificar que cumpla con todos los requisitos constitucionales y legales para el ejercicio del cargo. Así mismo, ordenar que tanto la **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF**, deben respetar en este procedimiento, los derechos de las personas amparadas constitucionalmente, por tener condiciones especialmente protegidas.

CUARTO.- NEGAR las demás pretensiones, de conformidad a la parte motiva de la presente sentencia.

QUINTO.- DECLARAR falta de legitimación en la causa por pasiva de la **Universidad de Medellín y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público,** de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO.- NEGAR las solicitudes de adhesión y coadyuvancia, presentadas por los señores **Manuel Orlando Mena Zapata, Wilson Alexander Panqueba Cely, Amparo Moreno Fonseca, Ana Marcela Serje Ochoa y Dina Margarita Ruíz Martínez,** por lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO.- Por la secretaría del Juzgado, **NOTIFICAR** la presente decisión a las Partes, a la Agente del Ministerio Público Delegada ante este despacho judicial; y al

Defensor del Pueblo, conforme a lo dispuesto en los artículos 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.

OCTAVO.- HACER SABER que contra la presente decisión, procede la impugnación ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, **dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.**

NOVENO.- En caso de no ser impugnado el presente fallo, por la secretaría del Juzgado, **ENVIAR** a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad a lo establecido en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

DÉCIMO.- Una vez regrese el expediente de la Corte Constitucional, por la secretaría del Juzgado, **PROCEDER** al archivo del mismo, luego de las anotaciones del caso en el Sistema de Gestión Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUÍS EDUARDO GUERRERO TORRES
Juez

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

SECCIÓN PRIMERA

SUBSECCIÓN "A"

Bogotá D.C., dieciséis (16) de junio de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente: Dr. LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Ref: Exp. 11001334205520200079-01
Accionante: MANUEL FERNANDO DURÁN GUTIÉRREZ
Accionada: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, CNSC, Y OTROS
IMPUGNACIÓN DE TUTELA
SENTENCIA

La Sala decide las impugnaciones interpuestas por Dina Margarita Ruíz Martínez, Wilson Alexander Panqueba Cely, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), contra el fallo de tutela de 6 de mayo de 2020, proferido por el Juzgado Cincuenta y Cinco Administrativo de Bogotá D.C., que accedió al amparo solicitado.

El escrito de tutela

El accionante se inscribió el 18 de diciembre de 2016 a la Convocatoria No. 433 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) al cargo identificado con la OPEC 34242 Nivel Profesional, Denominación: Defensor de Familia, Código: 2125 y Grado: 17, mediante la cual se ofrecieron 106 vacantes para Bogotá D.C. Dicha convocatoria se hizo mediante el Acuerdo 20161000001376 de 2016, emanado de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC).

El 16 de agosto del año 2018, la CNSC publicó la lista de legibles para la OPEC referida, mediante la Resolución No. CNSC 20182230084005 del 10 de agosto de 2018, la cual adquirió firmeza el día 27 de agosto de 2018, en la cual la accionante ocupó el puesto 190.

El ICBF creó 328 cargos de Defensor de Familia por medio del Decreto 1479 de 2017, que actualmente se encuentran en vacancia definitiva.

El 4 de febrero de 2020, el accionante radicó petición ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), en la que solicitó el uso de la lista de elegibles y, en consecuencia, pidió que se le nombrara en periodo de prueba en el cargo para el cual se presentó, petición que fue resuelta en forma desfavorable mediante oficio SIM 1761751814 de 25 de febrero de 2020.

Con fundamento en lo expuesto solicitó que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y de acceso a los cargos públicos y, en consecuencia, pidió que se ordene a la CNSC y al ICBF que realicen los trámites pertinentes para que se cumpla lo ordenado en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019 y que, en consecuencia, se autorice y use la lista de elegibles Resolución No. CNSC 20182230084005 del 10 de agosto de 2018, la cual adquirió firmeza el día 27 de agosto de 2018.

En forma subsidiaria, solicitó que se aplique con efectos *inter comunis* el fallo proferido por el Juzgado Cincuenta y Cinco Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, expediente 11001-33-42-055-2020-00079-00.

Informe de las accionadas

Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC. El accionante participó en el concurso de méritos, convocado mediante Acuerdo 20161000001376 de fecha 5 de septiembre de 2016, para el empleo identificado con el código OPEC N°. 34242, y que, una vez superadas las fases del concurso, se publicó la Resolución N°. CNSC – 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, en la cual el accionante ocupó la posición 190, con un puntaje de 66.78 puntos; sin embargo, los cargos disponibles eran 106, por lo que no

había lugar a nombrarlo; precisando que el empleo N°. 34242, se encuentra provisto.

De igual forma, manifestó que los miembros de la lista, que no fueron nombrados, se encuentran en espera de que se generen nuevas vacantes del mismo empleo, siempre que se encuentre vigente la lista, esto es, hasta el 26 de agosto de 2020, especificando que los participantes de los concursos de méritos no cuentan con derechos adquiridos para obtener un empleo público y, simplemente, son titulares de una expectativa que únicamente se materializa cuando cumplen todos los requisitos legales y superan todas la etapas del proceso de selección.

Finalmente, la CNSC advierte que no tiene competencia alguna frente a la administración de plantas de personal, por lo que solicitó que se disponga la desvinculación de dicha entidad, por falta de legitimación en la causa por pasiva y, de manera subsidiaria, solicitó no tutelar los derechos.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, ICBF. La tutela presentada es improcedente toda vez que carece de subsidiaridad y no se configura un perjuicio irremediable, en atención a que ya se publicó la lista de elegibles y el 27 de agosto de 2018 adquirió firmeza, designándose a quienes ocuparon los 106 lugares de la lista, por ser la cantidad de cargos ofrecidos.

Considera que el cuestionamiento que se hace por parte del accionante, no es sobre la lista, sino sobre la falta de aplicación del numeral 6 (sic) de la Ley 1960 de 2019, que regula la forma en que se proveen cargos que se encuentran por fuera de la convocatoria, la cual ya quedó agotada por haberse nombrado a los 106 participantes del listado de elegibles.

En este sentido, manifestó que la aplicación de la ley en cita, requiere del cumplimiento de actos complejos, de apropiaciones presupuestales y de

actuaciones coordinadas del ICBF con la Comisión Nacional del Servicio Civil, las cuales se vienen implementando desde enero de 2020.

Asimismo, advierte que la Ley 1960 de 2019, creó la posibilidad de ascenso para los empleados de carrera, por lo cual se dispondrá del 30% de dichas vacantes y el resto se podrá ofertar, motivo por el cual es un proceso que se adelanta con actuaciones administrativas y financieras, que se han venido llevando a cabo, sin que hasta el momento exista una nueva lista de elegibles aprobada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, motivos por los que solicita que se declare improcedencia de la acción constitucional.

Universidad de Medellín. Indicó que en cumplimiento del Contrato Nº. 332 de 7 de diciembre de 2016, suscrito con la Comisión Nacional del Servicio Civil, fue la encargada del desarrollo del proceso de selección de personal para la provisión de cargos en el Sistema General de Carrera del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), publicado mediante la Convocatoria Nº. 433 de 2016.

En este sentido, aduce que su labor se redujo a la consolidación de la información para la conformación de la lista de elegibles, por lo que considera que se configura la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, en el entendido que no tiene control, competencia ni conocimiento para actuar en la expedición de la lista de elegibles, ni sobre el procedimiento de nombramiento o periodo de prueba, por lo que solicita que se la desvincule de la acción de tutela.

El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** guardó silencio.

Informe de los Intervinientes

Ana Marcela Serje Ochoa. Defensora de Familia, nombrada en provisionalidad en el Centro Zonal Valledupar N°. 2 de la Regional Cesar del ICBF, manifestó que la acción de tutela es improcedente y que las reglas de

los concursos son inmodificables; por tanto, no puede ser usada la lista de la Convocatoria N°. 433 de 2016, en la que no se ofertó ninguno de los empleos creados en el Decreto 1479 de 2017.

Dina Margarita Ruiz Martínez. Defensora de Familia, Código 2125, Grado 17, en la Regional Cesar, Centro Zonal Valledupar N°. 2 (nombrada en provisionalidad), solicitó que se declare improcedente la acción de tutela, agrega que el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019 dispone *"La presente Ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias"*, razón por la cual no puede darse aplicación en este caso, y en cuanto a los efectos *inter comunis* indicó que no se puede aplicar a su caso debido a su condición de salud.

Manuel Orlando Mena Zapata. Solicitó que se le acepte como coadyuvante en la presente acción de tutela, por considerar que su caso es semejante al del accionante, debido a que se encuentra en la segunda posición de la lista de elegibles, cargo Profesional Universitario, identificado con OPEC 39458, Código 2044, Grado 11, ubicado en el municipio de Santiago de Cali, Valle del Cauca.

Wilson Alexander Panqueba Cely. Solicitó su vinculación a la presente acción de tutela, argumentando que ocupa el puesto 164 de la Resolución N°. 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, con la cual se proveen 106 vacantes del empleo Código OPEC 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, que adquirió firmeza el 27 de agosto de 2018.

Amparo Moreno Fonseca. Solicitó ser adherida a la presente acción constitucional, para que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y de acceso a los empleos públicos, en atención a que participó en la Convocatoria N°. 433 de 2016 y ocupó el puesto 161 de la lista de elegibles.

Fallo de primera instancia

Mediante sentencia de 6 de mayo de 2020, el Juzgado Cincuenta y Cinco Administrativo de Bogotá D.C. resolvió la acción interpuesta, en los siguientes términos.

Con fundamento en las pruebas aportadas al expediente, se logró determinar que la lista de elegibles contenida en la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, adquirió firmeza el 27 de agosto de 2018, por lo que está vigente hasta el 27 de agosto de 2020, lo que permite concluir, sin mayores elucubraciones, que la lista se encontraba en firme el 27 de junio de 2019, momento en el que entró en vigencia la Ley 1960 de 2019, por lo que, para el caso en concreto, resulta aplicable el artículo 6 de la norma citada.

En otras palabras, el ICBF al haber creado mediante el Decreto 1479 de 4 de septiembre de 2017 nuevos cargos en su planta de personal, específicamente un total de 328 cargos, con igual denominación de Defensor de Familia, Código y Grado, algunos de estos, en la misma ubicación geográfica que los de la lista de elegibles, de los llamados en la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, es preciso nombrar en uno de dichos cargos al tutelante.

En cuanto al argumento del ICBF según el cual la norma no puede tener una aplicación inmediata por imposibilidad fáctica, como quiera que implica llevar a cabo una serie de actividades complejas administrativas y financieras, de manera conjunta con la CNSC, que conllevan tiempo y recursos públicos, consideró que no se ha dado cumplimiento a la normativa señalada, incluso no se ha atendido el criterio de unificación de la CNSC del 16 de enero de 2020 lo que, sin dubitación alguna, genera que las entidades accionadas se encuentran vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y de acceso a los cargos públicos del accionante.

En cuanto al amparo constitucional con efecto *inter comunis* indicó que estos efectos son facultativos de la Corte Constitucional en sede de revisión y, en consecuencia, no compete al Juez de instancia, extender los efectos de la presente sentencia.

Sobre las solicitudes de coadyuvancia y de adhesión a la parte demandante, presentadas por Manuel Orlando Mena Zapata, Wilson Alexander Panqueba Cely y la señora Amparo Moreno Fonseca; así como las solicitudes de coadyuvancia en favor de las demandadas, presentadas por las señoras Ana Marcela Serje Ochoa y Dina Margarita Ruíz Martínez, indicó que para considerarlas estas deben tener un interés en las resultas del proceso, en el cual solicitan ser tenidos como tales, buscando una sentencia favorable para el demandante, por un interés vinculado directamente con él, sin embargo, en este caso no se observa la existencia de tal interés.

Finalmente, declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Universidad de Medellín y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por cuanto no tienen competencia en las órdenes que se emitirán.

Con fundamento en lo expuesto, resolvió.

> "**PRIMERO.- TUTELAR** los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos, del accionante **MANUEL FERNANDO DURÁN GUTIÉRREZ** (…), por las razones expuestas, en la parte motiva de esta providencia.
>
> **SEGUNDO.- ORDENAR** a la **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF**, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, realicen todos los trámites administrativos pertinentes, **para que en el caso del accionante** señor **MANUEL FERNANDO DURÁN GUTIÉRREZ**, se dé cumplimiento a lo ordenando en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, en consecuencia, utilizar la lista de elegibles de la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de dos mil dieciocho (2018), la cual adquirió firmeza, el 27 de agosto de 2018; para con ella, proveer uno de los cargos vacantes del empleo identificado

con el código OPEC N°. 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, creados por el Decreto 1479 de 2017, en la ciudad de Bogotá, D.C.

TERCERO.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, nombrar y posesionar en periodo de prueba, al señor **MANUEL FERNANDO DURÁN GUTIÉRREZ** (…), en una de las vacantes definitivas del empleo identificado con el código OPEC N°. 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que fueron creados en la ampliación de la planta de la entidad por el Decreto 1479 de 2017, en la ciudad de Bogotá, D. C. Ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, que previo a la posesión del señor **MANUEL FERNANDO DURÁN GUTIÉRREZ**, debe verificar que cumpla con todos los requisitos constitucionales y legales para el ejercicio del cargo. Así mismo, ordenar que tanto la **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF**, deben respetar en este procedimiento, los derechos de las personas amparadas constitucionalmente, por tener condiciones especialmente protegidas.

CUARTO.- NEGAR las demás pretensiones, de conformidad a la parte motiva de la presente sentencia.

QUINTO.- DECLARAR falta de legitimación en la causa por pasiva de la **Universidad de Medellín y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO.- NEGAR las solicitudes de adhesión y coadyuvancia, presentadas por los señores **Manuel Orlando Mena Zapata, Wilson Alexander Panqueba Cely, Amparo Moreno Fonseca, Ana Marcela Serje Ochoa y Dina Margarita Ruíz Martínez**, por lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

Escritos de impugnación

Dina Margarita Ruíz Martínez, solicitó que se revoque el fallo de primera instancia y que, en su lugar, se nieguen las pretensiones, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en su escrito de contestación de la acción de tutela.

Wilson Alexander Panqueba Cely, solicitó que se revoque el fallo de primera instancia bajo el entendido de decretar efectos *inter comunis*.

Mediante escrito de 15 de mayo de 2020, desistió de la impugnación interpuesta.

Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC, solicitó que se revoque el fallo de primera instancia y pidió que, en su lugar, se nieguen las pretensiones, para lo cual reiteró lo expuesto en su escrito de contestación de tutela.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, solicitó que se revoque el fallo de primera instancia, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en la contestación de tutela; además, manifestó que *"se había enviado a la CNSC la solicitud de autorización de uso de esa lista de elegibles. Se resaltó que se trataba de la misma lista de elegibles del accionante, sin que el Despacho avizorara que el ICBF se encuentra a la espera de que esa Comisión autorice el nombramiento tanto del accionante, como de la interviniente, si es que hubiera lugar a ello en estricto orden de mérito. Por lo cual, se configura un hecho superado."*.

Consideraciones de la Sala

Cuestión previa

Si bien el señor Wilson Alexander Panqueba Cely presentó impugnación de la tutela, desistió de la misma mediante escrito radicado el 15 de mayo de 2020.

Así las cosas, teniendo en consideración lo previsto en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, se acepta el desistimiento antes referido.

Caso concreto

El actor pretende que de acuerdo con la lista de elegibles, conformada mediante la Resolución CNSC – 20182230084005 del 10 de agosto de

2018, en la que ocupó el puesto 190 del concurso de méritos, sea nombrado y posesionado en el cargo de Defensor de Familia en la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

Esta Sala ha considerado la improcedencia de la acción de tutela en el evento de que se cuestionen actos administrativos dictados en el marco de un concurso de méritos, cuando en el mismo se haya elaborado la correspondiente lista de elegibles; por ejemplo, cuando se pone en entredicho la posición obtenida, en la medida en que un estudio de fondo con respecto a los cargos de tutela puede llegar a vulnerar los derechos de quienes la integran y, por ello, el medio más adecuado es el de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sin embargo, en el caso *sub lite* el actor no cuestiona una lista de elegibles, ni el orden ni su lugar en la misma; sus pretensiones, así como el fundamento de las mismas, se dirigen a que se ordene su nombramiento en la vacante para la cual se postuló; es decir, la pretensión última del accionante, es que se ejecute la lista de elegibles, a través del nombramiento respectivo en el ICBF.

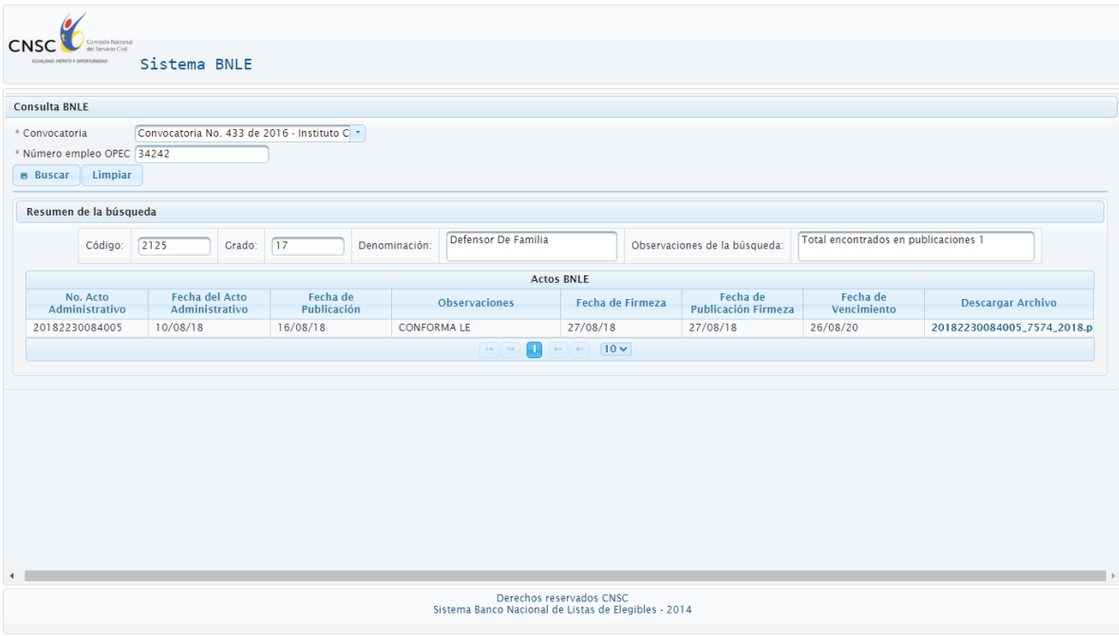
Desde esta perspectiva, no existe cuestionamiento alguno sobre la procedencia de la presente acción de tutela, por cuanto, en realidad, lo que se pretende proteger en este caso son los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso (artículo 29) y de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (artículo 40, numeral 7), que se materializan con la designación que se persigue, motivo por el cual resulta procedente la acción de tutela como medio de control judicial.

En este contexto, la Sala estima del caso hacer un recuento de los siguientes aspectos.

Mediante Resolución CNSC – 20182230084005 del 10 de agosto de 2018 *“Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer ciento seis (106) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 34242, denominado Defensor de Familia,*

Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF", la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) resolvió conformar la lista de elegibles en la cual el señor Manuel Fernando Durán silva, ocupó el puesto 190.

La resolución antes referida cobró firmeza el 27 de agosto de 2018, tal como se observa en la página web de la CNSC[1].



El accionante señala que si bien la lista de elegibles antes referida, se conformó para la provisión de ciento seis (106) vacantes definitivas, lo cierto es que en la actualidad existen trecientos veintiocho (328) vacantes definitivas, una de las cuales podría ser ocupada por él, tal como lo establece la Ley 1960 de 2019.

La Ley 1960 de 27 de junio de 2019 *"Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones"*, establece:

> "ARTÍCULO 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:
>
> "ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:
>
> 1. (…)

[1] http://gestion.cnsc.gov.co/BNLElegiblesListas/faces/consultaWebLE.xhtml

> 2. (…)
> 3. (…)
>
> 4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. **Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.**
>
> ARTÍCULO 7. **La presente Ley rige a partir de su publicación,** modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.” (Destacado fuera del texto original).

Visto lo anterior, se advierte que conforme a la norma transcrita las vacantes convocadas y las que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad, serán provistas con la lista de elegibles que se haya conformado, mientras esté vigente.

Si bien podría aducirse que la presente ley rige solo para las convocatorias que se realicen con posterioridad a la fecha de su publicación (27 de junio de 2019), el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019 dispone que dicha ley "*rige a partir de su publicación*", sin entrar a distinguir, como pudo haberlo hecho el legislador, a través de una norma de transición, la aplicación diferida de la norma.

En consecuencia, como al intérprete no le es dado distinguir donde el legislador no lo ha hecho (Corte Constitucional, sentencias C-087 de 2000, C-317 de 2012; Corte Suprema de Justicia, sentencia AP 2789-2017 de 3 de mayo de 2017; entre otras), de acuerdo con el referido principio general del derecho, la disposición del artículo 6, numeral 4, de la Ley 1960 de 2019, debe ser aplicada a partir de su entrada en vigencia, 27 de junio de 2019.

Este sentido de interpretación de la ley es consistente con la trascendencia que tiene el principio del mérito en la Constitución de 1991, con el carácter de eje definitorio de la identidad de la Constitución que tiene el sistema de

carrera administrativa[2] y con la circunstancia de que la aplicación del artículo 6, numeral 4, de la Ley 1960 de 2019, desarrolla ese mismo eje definitorio.

Como la convocatoria a la cual se presentó el accionante fue la 433 de 2016, la lista de elegibles cobró firmeza el 27 de agosto de 2018 y la misma se encuentra vigente hasta el 26 de agosto de 2020; resulta del caso proceder con el nombramiento del actor en el cargo para el cual se presentó dentro de la planta de personal del ICBF, por lo que se confirmará el fallo de primera instancia.

Decisión

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN "A",** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO.- CONFÍRMASE el fallo de tutela proferido el 6 de mayo de 2020 por el Juzgado Cincuenta y Cinco Administrativo de Bogotá D.C.

SEGUNDO.- Notifíquese esta providencia a las partes, en la forma establecida por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO.- Envíese copia de esta providencia al Juzgado Cincuenta y Cinco Administrativo de Bogotá D.C.

CUARTO.- Dentro del término legal envíese el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión; una vez regrese y si no hay orden

---

[2] Así ha sostenido la Corte Constitucional desde la expedición de la sentencia C-599 de 2009, mediante la cual declaró inexequible el Acto Legislativo No. 1 de 2008, por medio del cual se reformó el artículo 125 de la Constitución para establecer un procedimiento de inscripción extraordinaria en carrera, de aquellas personas que se encontraban desempeñando sus empleos en provisionalidad.

alguna emitida por esa Corporación, por Secretaría, **DEVUÉLVASE** al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Aprobada en Sala realizada en la fecha.

LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado

Ausente con incapacidad médica
CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Magistrada

FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

Ibagué, catorce (14) de abril de dos mil veinte.

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01
Interno No: 00109 - 2020
Acción: DE TUTELA
Referencia: IMPUGNACIÓN DE SENTENCIA
Accionante: ALEXIS DÍAZ GONZÁLEZ- MARÍA CECILIA ARROYO RODRÍGUEZ- YENNIFER RUIZ GAITÁN
Accionado: COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL –INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIO CIVIL

Se resuelve la impugnación presentada por Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán contra la providencia del 26 de febrero de 2020, mediante la cual el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, niega las pretensiones de la acción presentada.

ANTECEDENTES

Las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán, presentaron acción de tutela, la cual, mediante acta individual de reparto (fl. 1) le correspondió dar trámite a la misma al Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que les sean amparados sus derechos fundamental a: el acceso a la carrera administrativa por meritocracia, Igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso y confianza legítima. En consecuencia, solicitan se acceda a las siguientes:

Pretensiones principales:
Las actoras en el escrito de tutela solicitan:
PRIMERO: Se ampare el derecho fundamental al acceso a la carrera administrativa por meritocracia (artículo 40 numeral 7 y artículo 125 constitucional), Igualdad (artículo 13 constitucional), trabajo en condiciones dignas (artículo 25 constitucional), debido proceso (artículo 29 constitucional) y confianza legítima.
SEGUNDO: Se ordene a la CNSC y al ICBF que, en el término de 48 horas siguientes al fallo de tutela, realicen los trámites administrativos pertinentes para que se dé cumplimiento a lo ordenado en el artículo 6° de la ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use en estricto orden de mérito, la lista de elegibles que se conformó en

la resolución CNSC – 20182230073855 del 18 de julio de 2018, código OPEC Nro. 34795, en el cargo de carrera denominado DEFENSOR DE FAMILIA, código 2125, grado 17, de Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, convocatoria 433 de 2016, para que nombren en periodo de prueba a las actoras, en 3 de las 4 vacantes definitivas que se encuentran provistas en provisionalidad en la ciudad de Ibagué, mediante resoluciones Nro. 0773 del 2018 y Nro. 0907 del 2017.

Pretensiones subsidiarias.
PRIMERO: Se ampare el derecho fundamental al acceso a la carrera administrativa por meritocracia (artículo 40 numeral 7 y artículo 125 constitucional), Igualdad (artículo 13 constitucional), trabajo en condiciones dignas (artículo 25 constitucional), debido proceso (artículo 29 constitucional) y confianza legítima.
SEGUNDO: Que, en concordancia con la pretensión anterior, se suspenda la vigencia del artículo 5° de la resolución CNSC – 20182230073855 del 18 de julio de 2018, que reza:

> ARTÍCULO QUINTO: La lista de elegibles conformada a través del presente Acto Administrativo tendrá una vigencia de dos años contados a partir a partir de la fecha de su firmeza, conforme a lo establecido en al artículo 64 del Acuerdo 20161000001376 de 2016, en concordancia con el numeral 4° del artículo 31 de la ley 909 de 2004.

Y así no se cause un perjuicio irremediable por la posible mora en el autodenominado estudio y actividades administrativas y financieras que pregona el ICBF a través de respuesta a derecho de petición del 31 de enero de 2020.
TERCERO: Se le indique límites en tiempo al ICBF y a la CNSC para realizar los trámites administrativos y financieros, en especial que el tiempo no sea superior a la vigencia de las listas de elegibles.

Fundamentos fácticos.
Las accionantes expresaron como hechos los siguientes:

PRIMERO: La CNSC en compañía del ICBF lanzó la convocatoria Nro. 433 de 2016, en la cual las actoras participaron para la OPEC Nro. 34795.
SEGUNDO: Como resultado del proceso de selección, las actoras ostentaron las posiciones Nro. 26, 28 y 29, de acuerdo al orden establecido en la resolución CNSC – 20182230073855 del 18 de julio de 2018, la cual se encuentra en firme desde el 31 de julio de 2018.
TERCERO: Los primeros 22 ciudadanos (hubo un empate en el puesto 15) fueron nombrados a través de la resolución 10345 del 17 de agosto de 2018, en estricto orden de mérito, sin embargo tres profesionales no continuaron con el proceso y por ello, la CNSC autorizó para que se utilizara la lista de elegibles para nombrar a los 3 participantes siguientes en la lista, es decir # 23, 24 y 25, los cuales ya fueron provistos mediante resoluciones 1204 de 2019, 2094 de 2019 y resolución 2095 de 2019.
CUARTO: Con los nombramientos realizados por el ICBF quedó claro que quienes continúan en estricto orden de mérito, son las actoras N° 26 Alexis Díaz González,

N° 27 Arturo Torres Valencia (ausente en la petición), N° 28 María Cecilia Arroyo y N° 29 Yennifer Ruiz Gaitán, de la lista de elegibles de acuerdo a la recomposición de lista inmediata de que trata el artículo 63 de la resolución CNSC – 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016.

QUINTO: A través de derecho de petición, se solicitó al ICBF que informara si en la actualidad existían vacantes del empleo denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, del Sistema General De Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en la ciudad de Ibagué, a lo cual la Dirección de Gestión Humana informó que existían cuatro vacantes creadas con posterioridad a la convocatoria que se encontraban provistas en provisionalidad por los señores Horacio Trillos Pérez, Andrea del Rocío Arciniegas Forero, Yennifer Ruiz Gaitán y Roberto Salazar Fernández .

SEXTO: El 27 de junio de 2019, se sancionó la ley 1960 de 2019, la cual modificó la ley 909 de 2004 y el decreto ley 1567 de 1998, en esta el artículo 6°, modificó el numeral 4° del artículo 31 de la ley 909 de 2004, y dispuso que con la lista de elegibles y en estricto sentido de méritos, se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad.

SÉPTIMO: La CNSC, recientemente, mediante la expedición del criterio unificado "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 2019", con ponencia del comisionado Fridole Ballén Duque, señaló que las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, con igual denominación , código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.

OCTAVO: Las vacantes definitivas referenciadas anteriormente, son los mismos empleos, de acuerdo con los preceptos y requisitos que señala la CNSC, pues se cumple con la igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes.

NOVENO: Con base en el criterio de unificación, se elevó derecho de petición para realizar nombramiento ante el ICBF, quien a su vez respondió que no tenía conocimiento sobre el procedimiento a seguir y envió a la CNSC la solicitud, la cual dio como respuesta que las listas de elegibles deberán usarse durante su vigencia para proveer tanto las vacantes de los empleados que integran la Oferta de Empleos de Carrera- OPEC de la respectiva convocatoria, como las nuevas vacantes que se generen con posterioridad a la aprobación del acuerdo de convocatoria, siempre y cuando corresponda a los mismos empleos, y por consiguiente para hacer uso de la lista de elegibles la entidad deberá elevar solicitud de autorización de uso ante la CNSC.

DÉCIMO: Con fundamento en la respuesta emitida por el ICBF en la que se informó la existencia de 4 vacantes definitivas en la ciudad de Ibagué del mismo empleo denominado Defensor de Familia, código 2125 grado 17, y la respuesta enviada por la CNSC en la que se expone la unificación del criterio de uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960, el pasado 30 de enero del año en curso las accionantes elevaron un nuevo derecho de petición al ICBF solicitando que se emitiera un oficio a la CNSC, en el que se indique de manera expresa solicitud de autorización para el uso de la lista de elegibles contenida en la resolución CNSC – 20182230073855, para

proveer a las accionantes tres de las cuatro vacantes de los empleos generados en la ciudad de Ibagué conforme al protocolo exigido por la CNSC, y posteriormente se emitieran los actos administrativos correspondientes para ter minar los nombramientos provisionales y realizar los nombramientos de las actoras en periodo de prueba para el cargo de Defensor de Familia de la regional Tolima.
DÉCIMO PRIMERO: El 31 de enero del 2020 se emitió respuesta en la que el ICBF se limitó a señalar que iniciaría el estudio pertinente para identificar las vacantes que cumplieran con las características del empleo, y posteriormente se realizaría la solicitud de uso de las listas de elegibles a la CNSC.
DÉCIMO SEGUNDO: Las listas de elegibles tiene una vigencia corta en el tiempo, por lo cual, como ha señalado la Corte Constitucional en sentencia T-133-2016, ante la premura del tiempo, es procedente la acción de tutela en estos casos, superándose el requisito de subsidiaridad frente a un proceso contencioso administrativo demandado, según lo establece la CNSC en la página del banco de lista de elegibles, tiene vigencia hasta el día 30 de julio de 2020.
DÉCIMO TERCERO: Las actoras manifiestan que la omisión del ICBF de realizar los nombramientos, evidencia un acto violatorio a los derechos que solicitan tutelar, por cuanto aprobaron las diferentes etapas del concurso y se encuentran en la lista de elegibles y adicionalmente el ICBF mediante respuesta a derecho de petición informó sobre la existencia de 4 vacantes para el cargo al que participaron, no obstante se abstiene de llevar a cabo la gestión necesaria para el nombramiento, siendo evidente la dilación para conceder la pretensión, lo que conlleva a un perjuicio irremediable.
DÉCIMO CUARTO: Existen antecedentes jurisprudenciales respecto a solicitudes similares en las cuales se ordena al ICBF efectuar los trámites administrativos necesarios para nombrar y posesionar a los accionantes, como la sentencia de tutela de segunda instancia Nro. 686793333003-201900131-01 del Tribunal Administrativo de Santander y la sentencia de tutela de segunda instancia Nro. 760013333021-201900234-01.

Actuación procesal.
La solicitud de amparo constitucional fue presentada en la Oficina de Reparto de la Administración Judicial de Ibagué el día 14 de febrero de 2020; mediante auto del 17 de febrero de 2020 (fl. 35), el Juzgado Quinto Oral Administrativo del Circuito de Ibagué, avocó su conocimiento, se vinculó a las personas que conforman el registro de elegibles para proveer vacantes del empleo de carrera denominado Defensor de Familia, código 2125 ofertado mediante la convocatoria Nro. 433 de 2016 del ICBF-Código OPEC Nro. 34795, y a los señores Horacio Trillos Pérez, Andrea del Rocío Arciniegas Forero, Yennifer Ruiz Gaitán y Roberto Salazar Fernández quienes actualmente ejercen en provisionalidad los cargos en cita, y se requirió a las entidades accionadas y vinculados para que allegaran los informes donde consten los antecedentes de los hechos y pretensiones de que trata la presente acción de tutela.

Contestación.
Dentro del término de traslado concedido los vinculados Roberto Salazar Fernández, Andrea del Rocío Arciniegas Forero y Horacio Trillos Pérez, y la entidad

accionada ICBF, se pronunciaron sobre los hechos y pretensiones de la acción, tal y como lo advierte la constancia secretarial.

Contestación vinculados - Roberto Salazar Fernández y Andrea del Rocío Arciniegas Forero (fls. 78- 93).
Se opusieron a todas y cada una de las pretensiones señalando que los cargos provistos en provisionalidad, no fueron objeto de la convocatoria No. 433 de 2016, y que conforme al principio de vigencia normativa no le es aplicable a la convocatoria en mención la ley 1960 de 2019, dado que la convocatoria es de 2016, la lista quedó en firme el julio de 2018 y la vigencia de la norma se da a partir del año 2019.

Expresan que la acción de tutela es improcedente para discutir la controversia planteada por los accionantes como quiera que existe un mecanismo principal para suscitar su controversia ante la jurisdicción contenciosa administrativa, máxime cuando no se logra comprobar un peligro inminente e irremediable causado cuando la accionante Ynnifer Ruiz Gaitán, a la fecha ostenta el cargo de Defensora de Familia, código 2125, grado 17 del ICBF regional Tolima.

Contestación Vinculado – Horacio Trillos Pérez (fls. 180-203).
Solicita se deniegue, por improcedente la tutela, como quiera que existen medios judiciales ordinarios, idóneos y efectivos, como la acción de nulidad y de cumplimiento para resolver la controversia; se ha demostrado que los cargos solicitados por los accionantes no fueron objeto del concurso en el que participaron, destacándose las reglas de la convocatoria y la normatividad vigente, limitan la aplicación de la lista de elegibles solo para los cargos ofertados.

Advierte que la ley 1960 de 2019 no tiene efectos retroactivos; no hay una uniformidad y consistencia de criterio interpretativo de la CNSC; no existe un derecho cierto e indiscutible en cabeza de los accionantes y por el contrario, debe garantizarse el derecho a todos los ciudadanos a participar en el concurso de méritos para proveer los cargos creados con posterioridad a la convocatoria.

Contestación de la accionada – Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (fls. 206-220).
La entidad accionada a través de su apoderado judicial considera que en el presente caso la tutela deviene improcedente, por no cumplir con los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, subsidiaridad y perjuicio irremediable, puesto que ya fue publicada la lista de elegibles, la cual adquirió firmeza el 31 de julio de 2018 y se conformó para proveer 122 vacantes y en dicha lista los accionantes ocuparon posiciones 26, 28 y 29.

Así mismo, señala que los accionantes no cuestionan dicha lista sino actuaciones que surgieron con posterioridad, específicamente el hecho de que no se haya efectuado inmediatamente su nombramiento en aplicación del artículo 6° de la ley 1960 de 2019.

Advierte que se procederá a realizar su nombramiento una vez se surtan una serie de procedimientos que se están adelantando por parte del instituto y una vez la

CNSC apruebe el uso de la lista de elegibles, máxime cuando los accionantes desconocen que el artículo ? de la ley 1960 de 2019, creó el derecho a los empleados de carrera administrativa a concurso de ascenso y movilidad horizontal, para lo cual la ley otorgó a la CNSC termino para regular el derecho.

Finalmente, señala que la entidad accionada no vulneró derecho alguno, pues efectuó los nombramientos de conformidad con las normas vigentes, esto es la ley 909 de 2004, decreto 1894 de 2012, máxime cuando los demandantes escinden el contenido de la norma la cual debe interponerse de manera integral, pues adquiere los derechos conforme a la lista de elegibles bajo el imperio de la ley 909 de 2004 y solicitan al tiempo la aplicación de la ley 1960 respecto del uso de la lista de elegibles, situación que también ha sido regulada en la norma anterior.

Pruebas.
Dentro del expediente obran los documentos que se relacionan a continuación:

- Copia de resolución Nro. CNSC – 20182230073855 del 18 de julio de 2018 (fl. 12).
- Oficio Nro. 20201020002601 de 7 de enero de 2020, expedido por la CNSC, información uso de lista OPEC 34795 convocatoria Nro. 433 de 2016- ICBF (fls 13-14).
- Criterio unificado de la lista de elegibles adoptado por la CNSC (fls. 14 vto. – 15 vto; 199-203)
- Derecho de petición elevado por Yennifer Ruiz G. al ICBF de fecha 31 de diciembre de 2019 (fls. 16-18).
- Respuesta a derecho de petición (Fls. 18 vto.- 19 vto.).
- Derecho de petición solicitando nombramiento de Yennifer Ruiz G. (fls. 20-22).
- Respuesta a derecho de petición remisión por competencia (fls. 22 vto.).
- Copia de la resolución Nro. 0773 de 2018 y 907 de 17 de febrero de 2017, por medio de la cual se nombra provisionalmente a Horacio Trillos Pérez, Andrea del Rocío Arciniegas, Yennifer Ruiz Gaitán y Roberto Salazar (fls. 23-27; 96-117).
- Comprobante de correo electrónico y petición de nombramiento suscrito por Alexis Gonzales, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán (fls. 27 vto. - 30).
- Respuesta a solicitud de nombramiento vacante definitiva Nro. 202012100000014563 del 30 de enero de 2020 (fl.31).
- Respuesta a solicitud de nombramiento vacante definitiva Nro. 20201020102581 del 30 de enero de 2020 (fls. 32-33).
- Resolución Nro. 1479 de 4 de septiembre de 2017 "por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras" y se dictan otras disposiciones " (fld. 118-124).
- Resolución Nro. 7781 del 5 de septiembre de 2017 por medio de la cual se hacen unos nombramientos en provisionalidad (fls. 125-138; 214-222).
- Acta de posesión de Andrea del Rocío Arciniegas Forero (fl. 139- 140).
- Acta de posesión de Roberto Salazar Fernández (fl. 141).

- Resolución Nro. CNSC – 20182230073855 del 18 de julio de 2018 "por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer 23 vacantes del empleo identificado con código OPEC Nro. 34795, denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, convocatoria Nro. 433 de 2016-ICBF" (fls. 143-179).
- Oficio Nro. 201912100000223791 del 24 de diciembre de 20019, el ICBF señala la existencia de 4 vacantes en provisionalidad en el cargo Defensor de Familia código 2125 grado 17 (fl. 234).

Sentencia de primera instancia.
El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, en fallo del 26 de febrero de 2020 (fls. 236 a 243), determinó negar la acción constitucional con base en la irretroactividad de las leyes, pues las actoras solicitan la aplicación de la ley 1960 de 2019 aun cuando la lista de elegibles conformada mediante resolución Nro. CNSC – 20182230073855 del 18 de julio de 2018 quedó en firme el 31 de julio de 2018.
Teniendo en cuenta lo anterior, señaló que para el caso bajo estudio, se debe dar aplicación al artículo 31 numeral 4° de la lay 909 de 2004, el cual dispuso que las listas de elegibles solo podrían ser utilizadas para proveer los cargos para las cuales se efectuó el concurso; a su vez, hace referencia al decreto 1083 de 2015, en el cual se estableció que "las listas, durante su vigencia, solo 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".

Finalmente, establece que la Corte Constitucional en sentencia unificada de mayo de 2011, determinó que las entidades están obligadas a proveer únicamente las vacantes para las cuales se convocó el respectivo concurso y no para otros, los cargos que se encuentren fuera de la convocatoria requerirán de un concurso nuevo para su provisión.

La impugnación.
Mediante escrito dirigido al Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, radicado el día 03 de marzo del año en curso (Fls. 341-360), las actoras impugnaron el fallo de primera instancia argumentando que en la parte considerativa de la providencia impugnada incurrieron en graves yerros como: i. No se analizó debidamente el recaudo documental arrimado a la foliatura; ii. Se interpretó de manera errada la legislación vigente; iii. Se abordó incorrectamente el problema jurídico respecto a la irretroactividad de la norma; iv. Se fundamentó la decisión con antecedente jurisprudencial antiguo sin considerar la reciente postura de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial; v. No se contempló el impacto nacional que tiene esta decisión.

CONSIDERACIONES

La competencia.

En atención a los dispuesto por el inciso 3 del artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para conocer de la sentencia que resolvió acerca de la acción de tutela de la referencia.

Problema jurídico.

Con base en los hechos relatados en precedencia, corresponde a la Sala, determinar, si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa por meritocracia, Igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso y confianza legítima de las actoras al no ser nombradas en propiedad en el cargo de Defensor de Familia código 2125, grado 17, y en consecuencia, determinar si se confirma o revoca la decisión del *a quo*.

La Carrera Administrativa como pilar del Estado Social de Derecho.

La Constitución Política establece en su artículo 125 el mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración, así mismo, establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público, en los siguientes términos: "*Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público*".[1]

La Corte Constitucional en sentencia C-588 de 2009, con Magistrado Ponente EDUARDO MENDOZA MARTELO, estableció que el sistema de mérito consiste en que el Estado pueda "*contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública*".[2]

La importancia de la carrera administrativa como pilar del Estado Social de Derecho, se vio plasmada en esta misma providencia, en la que se indicó que el incumplimiento o la inobservancia de las normas de la carrera implica el desconocimiento de los fines estatales, pues el sistema de carrera administrativa tiene como soporte principios y fundamentos propios de la definición de Estado que se consagra en el artículo 1 constitucional, así como supone el desconocimiento del derecho a la igualdad, el acceso a cargos públicos y el debido proceso. Es así como se concluyó que "*la carrera administrativa es, entonces, un principio constitucional y, por*

---

[1] Constitución Política, artículo 125. 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. (…)

[2] Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2009. M.P. Eduardo Mendoza Martelo.

lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución". [3]

En este orden de ideas, la Corte puntualizó la existencia de una relación connatural entre la carrera administrativa y el cumplimiento de los fines esenciales de la administración pública, ya que, en ausencia de los criterios de mérito y eficiencia, "la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales ni podrá ser desarrollada con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad".[4]

Naturaleza de las listas de elegibles.
Las listas o registros definitivos de elegibles son actos administrativos de carácter particular que tienen como finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración. En otras palabras, se trata de un acto administrativo que enumera las personas que aprobaron el concurso con el mayor puntaje de acuerdo a sus comprobados méritos y capacidades, las cuales deben ser nombradas en los cargos de carrera ofertados en estricto orden numérico.

Con la conformación de la lista o registro de elegibles se materializa el principio del mérito del artículo 125 de la Constitución, en la medida en que con él, la administración debe proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes. Las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme, salvo expresas excepciones legales. cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman.

Este acto tiene una vocación transitoria o temporal toda vez que tiene una vigencia específica en el tiempo, generalmente de dos años, lo cual refuerza su obligatoriedad, porque durante su vigencia la administración debe hacer uso de él para llenar las vacantes que originaron el llamamiento a concurso.

La conformación de la lista de elegibles, así entendida, genera para quienes hacen parte de ella, un derecho de carácter subjetivo, que consiste en ser nombrados en el cargo para el que concursaron, cuando el mismo quede vacante o esté desempeñando por un funcionario o empleado en encargo o provisionalidad.

La autorización del uso de listas de elegibles como parte del régimen para la provisión de los empleos de carrera administrativa.
La Corte Constitucional en numerosas oportunidades ha sentado jurisprudencia en el sentido de que "*las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con*

[3]Ibídem.
[4] Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme"[5]. De igual manera se ha establecido pacíficamente que las bases del concurso se convierten en reglas particulares de obligatorio cumplimiento tanto para los participantes como para la entidad convocante, razón por la cual deben ser respetadas y resultan inmodificables y 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.[6]

Por otra parte, es posible que el legislador o la misma entidad convocante, permita hacer uso del registro de elegibles para proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Así lo ha entendido la Corte constitucional en distintos fallos, el primero de ellos fue la sentencia C-319 de 2010, en el marco del estudio de constitucionalidad del artículo 145 de la Ley 201 de 1995, una norma especial que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, creó para la Defensoría del Pueblo, en el que establecía la posibilidad de utilizar la lista de elegibles para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación. En esta oportunidad, la Corte resolvió declarar exequible la norma demanda entendiendo que una interpretación conforme con la Constitución apuntaba a que cuando se tratara de proveer una vacante de grado igual, que tuviera la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador.

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

En otra ocasión, la Corte marcó un precedente jurisprudencial mediante la sentencia SU-446 de 2011, en la cual adopta una posición claramente distinta al estudiar la utilización de las listas de elegibles en el sistema de carrera de la Fiscalía General de la Nación, producto de las múltiples tutelas que se habían interpuesto por la utilización de las listas que se generaron con los concursos realizados en el año 2007 por dicha entidad. En esta providencia sostuvo que "*el registro de elegibles debe ser utilizado únicamente para llenar exclusivamente las vacantes señaladas en la respectiva convocatoria*" (...) "*teniendo en cuenta que las pautas o reglas de los concursos públicos para el acceso a la carrera son inmodificables y que a la Administración no le es dado hacer ninguna variación de ellas porque se lesionarían los derechos y principios propios del Estado Social de Derecho que nos rige*".

No obstante lo anterior, aclaró que dicha sentencia en nada contradecía a la sentencia C-319 de 2010, pues tanto el Legislador cuando regula uno de los regímenes de carrera especial, o la «entidad convocante», pueden disponer la posibilidad de que la lista de

[5] Corte Constitucional sentencia SU-913 de 2009.
[6] Ver entre otras, sentencias T- 256 de 1995, SU-446 de 2011 y T-256 de 2008.

elegibles sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente ofertados en el concurso de méritos, siempre que estos sean de la misma naturaleza, perfil y denominación que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria.

Dijo entonces la Corte:

> *"6.5. Es importante señalar que lo expresado hasta aquí no contradice ni desconoce lo expuesto en la sentencia C-319 de 2010 sobre el deber de la administración de hacer uso del registro de elegibles cuando existan vacantes de la misma identidad de los cargos convocados, por cuanto en dicho fallo se analizó una norma especial que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, creó para la Defensoría del Pueblo, entidad con un régimen especial de carrera. Es cierto que la Fiscalía General de la Nación también tiene un régimen especial de carrera, frente a la cual el legislador no consagró una norma igual o similar a la que fue analizada en esa oportunidad por esta Sala, razón por la que no se puede afirmar que nos encontremos ante supuestos de hecho iguales que exijan el mismo tratamiento jurídico.*
>
> *Lo anterior significa que es potestad del legislador señalar en la ley general de carrera o en las leyes de carrera especial que con el registro de elegibles se pueden proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Facultad que también puede ostentar la entidad convocante, quien en las reglas que regirán el concurso puede señalar expresamente que la lista que se configure servirá para proveer las vacantes que se lleguen a presentar en vigencia de la lista para empleos de la misma naturaleza y perfil. La introducción de este criterio es una pauta de obligatoria observancia para la administración, que le permitirá, en el término de vigencia del registro de elegibles que se llegue a conformar, proveer las vacantes que se lleguen a presentar, por cuanto expresamente habilitó el uso de ese acto administrativo para tal efecto."*[7]

De acuerdo con lo expuesto, la Corte Constitucional acepta que la «entidad convocante» pueda disponer la posibilidad de que la lista o registro definitivo de elegibles, sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente de oferta en el concurso de méritos, siempre que dicha regla sea prevista en las reglas del concurso, es decir, en las bases de la convocatoria, y que estos nuevos empleos sean de la misma denominación, naturaleza y perfil que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria.

El Consejo de Estado también se ha ocupado de estudiar la legalidad de la regla que habilita el uso de la lista de elegibles para proveer cargos que no fueron ofertados en la convocatoria a concurso, siempre que sean equivalentes o similares. En sentencia de 26 de julio de 2018, proferida en el expediente 2015-1101 (4970-2015), la Sección Segunda de esta Corporación conservó la presunción de legalidad de varios apartados del Acuerdo No. 001 de 9 de abril de 2015, *"por el cual se convoca y se fijan las bases y el cronograma del Concurso de Méritos Público y Abierto para el nombramiento de Notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial"*:

---

[7] Corte Constitucional sentencia SU 446 de 2011.

"Agrega esta Corporación, que la regla jurisprudencial que autoriza el uso de la lista de elegibles, mientras estén vigentes, para proveer cargos diferentes a los que fueron ofertados, siempre que sean de la misma naturaleza, perfil y denominación, y se haya establecido así en las bases de la respectiva convocatoria, tiene un claro arraigo constitucional, pues, materializa principios fundamentales de la función administrativa consagrados en el artículo 209 Superior, tales como economía, celeridad, eficiencia y eficacia, garantizando que un mayor número de plazas o empleos, sean provistas con quienes superaron todas las etapas del concurso y se ubicaron en la lista de elegibles.
(…)

Por otra parte, también se garantiza el postulado fundamental del mérito contenido en el artículo 125 de la Constitución, pues, permitir el uso de las listas de elegibles, mientras estén vigentes, para proveer empleos adicionales a los inicialmente ofertados, pero iguales o equivalentes a estos, parte precisamente, de la premisa según la cual, las personas designadas tienen comprobados méritos para desempeñar el cargo de notario. Es decir, se están nombrando a personas que han superado un concurso de mérito, diseñado de acuerdo a las necesidades del servicio y, especialmente, para cargos de igual naturaleza y categoría, es decir, no se trata de un mecanismo de ingreso automático a la función pública, arbitrario e inconsulto. Ello apunta a hacer más eficiente el uso del talento humano, en cuanto se acude a personal capacitado y previamente evaluado sobre las condiciones necesarias para el ejercicio de los cargos por proveer. De esta manera, se asegura que a la función pública accedan los mejores y los más capaces funcionarios, descartándose la inclusión de otros factores de valoración que son contrarios a la esencia misma del Estado Social de Derecho, y a la filosofía que inspira el sistema de carrera, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo, pues, mientras se surten los nuevos concursos, los cargos de carrera a proveer quedarían sujetos a la sola voluntad del nominador y lo serían a través de la figura de la provisionalidad.

Y finalmente, se garantiza el ejercicio del derecho subjetivo de que son titulares quienes hacen parte de la lista de elegibles, en cuanto permite que éstos accedan a un cargo igual para el que concursaron y demostraron su idoneidad.
(…)

En el caso objeto de análisis, observa la Sala que en lo que tiene que ver con la utilización de las listas de elegibles en el Sistema Específico de Carrera Notarial, para el último concurso de méritos, de acuerdo con el artículo 1º del Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, en las bases mismas de la convocatoria se estableció que una vez provistos la totalidad de los cargos ofertados en la convocatoria, se puedan usar los registros de elegibles, para proveer eventuales cargos vacantes, aunque estos no hayan sido objeto de oferta en el proceso de selección, así como para proveer las notarías que se lleguen a crear durante la vigencia de las listas de elegibles.

Por lo tanto, para la Sala se encuentran satisfechas las dos condiciones exigidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando habilitó el uso de las listas de elegibles para proveer empleos no ofertados inicialmente en la respectiva convocatoria, esto es, (i) que las bases de la respectiva convocatoria así lo establezca, y (ii) que los cargos que no fueron sacados a concurso al inicio del proceso de selección, y que se proveerían con las listas de elegibles, sean iguales o equivalentes a aquellos para los que se conformaron esos registros de elegibles."

Así las cosas, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, señalaron, que la «entidad convocante» pueda disponer la posibilidad de que la lista o registro definitivo

de elegibles, sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente de oferta en el concurso de méritos, siempre que: (i) dicha regla sea prevista en las reglas del concurso, es decir, en las bases de la convocatoria, y (ii) que estos nuevos empleos sean de la misma denominación, naturaleza y perfil que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria.

Análisis del caso concreto.
En el caso sometido a consideración, las accionantes pretenden que se amparen los derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa por meritocracia, Igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso y confianza legítima, y en consecuencia sean nombradas en periodo en el cargo de carrera denominado DEFENSOR DE FAMILIA, código 2125, grado 17, conforme a la lista de elegibles que se conformó en la resolución CNSC – 20182230073855 del 18 de julio de 2018.

El juez de primera instancia determinó en fallo del 26 de febrero de 2020 negar la acción constitucional con base en la irretroactividad de las leyes, pues las actoras solicitan la aplicación de la ley 1960 de 2019 aun cuando la lista de elegibles conformada mediante resolución Nro. CNSC – 20182230073855 del 18 de julio de 2018 quedó en firme el 31 de julio de 2018.

Analizando el acervo probatorio allegado al expediente, considera la sala que está debidamente acreditado que las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán participaron en la convocatoria Nro. 433 de 2016, superando todas las etapas del concurso de méritos y en razón de ello ocuparon las posiciones Nro. 26, 28 y 29 en la lista de elegibles conformada mediante resolución CNSC – 20182230073855 del 18 de julio de 2018, para proveer 23 vacantes del empleo identificado con código OPEC no. 34795, denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

El artículo 31 numeral 4° de la ley 909 de 2004, establecía, antes de su modificación, que las listas de elegibles solo podían usarse para proveer los cargos ofertados en cualquier concurso de méritos presidido por la Comisión Nacional del Servicio Civil. En consecuencia, dicha norma excluía la posibilidad de utilizar la lista para conferir nombramientos de vacantes definitivas surgidas con posterioridad a la respectiva convocatoria, y en concordancia con esta disposición el Decreto 1894 de 2012, a su vez compilado por el Decreto 1083 de 2015, estableció lo siguiente:

> *"Parágrafo 1°.Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a 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."*[8]

Finalizada la etapa clasificatoria y eliminatoria del concurso de méritos en mención, la Comisión Nacional del Servicio Civil emitió las resoluciones por medio de las

[8] Decreto 1894 de 2012, artículo 1°.

cuales se conformaron las listas de elegibles para varias de las OPEC ofertadas en la convocatoria 433 de 2016.

La redacción del artículo 4° de los actos administrativos emitidos por la CNSC, incluida la resolución CNSC – 20182230073855 del 18 de julio de 2018, fue la 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."*

Lo anterior, significa que la redacción original de dicho canon, permitía conferir nombramiento para ocupar vacantes definitivas surgidas con posterioridad al inicio de la convocatoria 433 de 2016.

Sin embargo, aun cuando el ámbito de aplicación del decreto 1894 de 2012, debía seguir la consideración general de que las pautas de la convocatoria son inmodificables, porque de lo contrario se vulnera la confianza legítima y el principio de buena fe, la Resolución Nro. 20182230156789 del 22 de noviembre de 2018 de la Comisión Nacional del Servicio Civil revoca el artículo 4° de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la convocatoria 433 de 2016- ICBF, por considerar que las 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 de septiembre de 2016… en particular, lo dispuesto en el artículo 62 ibídem".*

Dentro de la convocatoria 433 de 2016, las actoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán, se presentaron al empleo con código OPEC no. 34795, denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, todas vez que en la convocatoria Nro. 433 de 2016 – ICBF solo se ofertaron 23 vacantes para dicho empleo, las cuales fueron debidamente ocupadas, y las cuatro vacantes existentes surgieron con posterioridad.

De conformidad con las premisas expuestas en la parte considerativa, la sala encuentra que las pautas de la convocatoria son inmodificables tal como ha sido reiterado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Así mismo, dichas pautas obligan tanto a la entidad que convoca como a quienes participan sin que pueda ser modificado, porque de lo, como se observó con anterioridad, se estaría violando la confianza legítima y el principio de buena fe de quienes participaron. No puede ser atendible, como ocurre en el caso concreto, que se modifiquen circunstancias que afectan el derecho de quienes participaron en la convocatoria aspirando a la posibilidad por una parte de ocupar la vacante para la cual concursaron o por otra de optar por un empleo equivalente. Cercenar una de las posibilidades que existía implica un cambio sustancial en las normas de la convocatoria que afectan indudablemente a quienes tenían la confianza legítima de hacer parte de la carrera administrativa a través del concurso de méritos.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que aunque la redacción original del numeral 4° del artículo 31 de la ley 909 del 23 de septiembre de 2004 dictó que con la lista de elegibles "*se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso*", la ley 1960 del 27 de junio de 2019, modificó tal artículo, según el cual con la lista de elegibles "*se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad*".

Resulta, entonces, evidente que ha operado un tránsito de legislación en cuya virtud, compete la sala evaluar si se dan los presupuestos para que la Ley 1960 de 2019 sea aplicable a Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán o si por el contrario, debe seguirse con la Ley 909 de 2004 sin modificaciones.

Respecto a esto, es claro que, por regla general, las normas rigen hacia el futuro una vez son divulgadas, y excepcionalmente regirán ultractiva o retroactivamente, pero adicionalmente se ha aceptado otra modalidad de aplicación temporal de las normas denominada retrospectividad, que a las luces de la sentencia T-564 de 2015 consiste en:

> "*…la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva.*
>
> *En este sentido, ha sido unánimemente aceptado por la jurisprudencia de todas las Altas Cortes que si bien en principio las normas jurídicas solo tienen aplicabilidad a situaciones que tuvieron lugar con posterioridad a su vigencia, ello no presenta impedimento alguno para que, en los casos en los que la situación jurídica no se ha consolidado o sus efectos siguen surtiéndose, una nueva norma pueda entrar a regular y a modificar situaciones surtidas con anterioridad a su vigencia.*"[9]

Como consecuencia de lo anterior, siendo la generalidad de las leyes que surjan efectos ex nunc, una norma posterior podrá regular situaciones anteriores siempre y cuando sean meras expectativas y no situaciones jurídicas consolidadas, como quiera que de estas últimas se entenderán finiquitadas sus consecuencias bajo la ley antigua.

Bajo esta premisa de que los aspirantes que figuran en una lista de elegibles cuentan con una mera expectativa salvo aquél que ocupe el primer lugar, único de quien se predica un derecho adquirido, y teniendo de presente que el nominador no cuenta con una facultad sino con un deber al momento de recurrir a la lista de elegibles, a efectos de proveer un cargo de grado y denominación iguales para el cual se abrió originalmente el concurso de méritos, la sala encuentra que es dable aplicar retrospectivamente la Ley 1960 de 2019 a las accionantes, puesto que su situación no se encuentra consolidada dentro de la Convocatoria 433 de 2016.

En resumen, considera la Sala que pretender modificar las reglas que regían la convocatoria, o hacer oponible el cambio normativo dado con el Decreto 1894 de 2012 a las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán, en aplicación del cual se revocó el artículo 4° de la resolución Nro. CNSC –

---

[9] Corte Constitucional, sentencia T-569 de 2011. En igual sentido las sentencias 1-156 de 2012 y 1-180 de 2015.

20182230073855 del 18 de julio de 2018, viola el debido proceso, que en el caso concreto deriva en una vulneración al derecho al acceso a cargos públicos y lesiona el derecho al trabajo de quien se ve privado del acceso a un empleo o función pública a pesar de la existencia de unas reglas que permitían el uso de listas de elegibles para proveer vacantes definitivas ofertadas por la convocatoria y que generaron la confianza legítima en la administración.

En la medida que el mérito debe ser el criterio predominante para seleccionar a quienes deben ocupar los cargos al servicio del Estado, y la jurisprudencia de la corte ha entendido que una interpretación ajustada a la Constitución apunta a que cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, que tenga la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador, la administración deberá solicitar la respectiva autorización para el uso de las listas de elegibles para los empleos con vacancia definitiva

Por lo expresado anteriormente, se revocará la sentencia de primera instancia que negó el amparo de los derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa por meritocracia, Igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso y confianza legítima, de las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por mandato de la Ley,

RESUELVE:

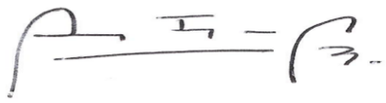
PRIMERO. - REVOCAR, la sentencia de primera instancia del 26 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante la cual negó la acción de tutela presentada por las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán, y en su lugar CONCEDER la tutela de los derechos de las actoras a la carrera administrativa por meritocracia, Igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso y confianza legítima.

SEGUNDO. - ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar familiar – ICBF, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta sentencia, solicite a la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC la autorización del uso de la lista de elegibles y efectué los trámites administrativos necesarios para nombrar y posesionar en periodo de prueba a las señoras Alexis Díaz González identificada con C.C. 38.362.619 de Ibagué-Tolima, , María Cecilia Arroyo Rodríguez identificada con C.C. 52.232.317 de Bogotá D.C. y Yennifer Ruiz Gaitán identificada con C.C. 65.632.956 de Ibagué- Tolima, en el empleo identificado con el código OPEC Nro. 34782 denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17 del Centro Zonal Jordán, Regional Tolima, conforme a la lista de elegibles establecida en la resolución CNSC – 20182230073855 del 18 de julio de 2018.

TERCERO.- NOTIFICAR a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto Ley 2591 de 1991.

CUARTO. – Ejecutoriada esta providencia, **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro del término previsto en el artículo 32 ibídem.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado

ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA
Magistrado

JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Proyecto presentado, discutido y aprobado en sala de decisión del nueve (09) de junio de dos mil veinte (2020).

PROCESO	**ACCIÓN DE TUTELA**
ACCIONANTE	**ÁNGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO**
ACCIONADO(S)	**INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF.** **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC**
VINCULADOS	**ASPIRANTES INSCRITOS LISTA ELEGIBLES CONVOCATORIA #433 DE 2016 DEL ICBF CONCURSO OPEC #38826 "PROFESIONAL ESPECIALIZADO CÓDIGO 2028 GRADO 17"**
RADICADO	**19-001-31-05-002-2020-00072-01**
INSTANCIA	**SEGUNDA – IMPUGNACIÓN SENTENCIA**
TEMAS Y SUBTEMAS	**DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, TRABAJO Y EL ACCESO A CARGOS PÚBLICOS.**
DECISIÓN	**Se confirma la sentencia impugnada.**

1. ASUNTO A TRATAR:

Procede esta Sala a resolver la impugnación formulada por la parte accionada, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, frente a la sentencia de tutela proferida el veintiocho (28) de abril del año dos mil veinte (2020), por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, Cauca, mediante la cual se concedió la protección constitucional invocada por la accionante.

2. ANTECEDENTES

2.1.- La demanda y su fundamento:

Invocando la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y el acceso a cargos públicos, a nombre propio, promovió acción de tutela contra Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que el juez de tutela luego de la protección de sus derechos fundamentales, ordene a las accionadas realicen los trámites administrativos pertinentes para que se dé cumplimiento a lo ordenado en los artículos 6° y 7° de la Ley 1960 de 2019, y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles contenida en la Resolución Nro. 20182020064285 del 22 de junio de 2018, para que la nombren y posesionen en una de las 591 vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017, y así evitarle un perjuicio irremediable.

Como *fundamentos fácticos* la actora expone que, mediante Acuerdo Nro. 20161000001 del 05 de septiembre de 2016, la Comisión Nacional del Servicio Civil, convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF.

Que la actora se inscribió para optar por 4 vacantes del empleo identificado con el código OPEC Nro. 38826, denominado Profesional Especializado Código Nro. 2028, Grado 17.

La CNSC mediante Resolución Nro. 20182020064285 del 22 de junio de 2018 conforma la lista de elegibles, quedando la accionante en el quinto lugar y mediante Resolución Nro. 9544 del 26 de julio de 2018 el ICBF nombró en periodo de prueba a quienes habían quedado en los primeros cuatro lugares de la lista de elegibles.

El 22 de noviembre de 2018 la CNSC expidió la Resolución Nro. CNSC 20182230156785, que revoca el artículo 4 de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la convocatoria Nro. 443 de 2016, lo que impidió que el ICBF pudiese usar la lista de elegibles, para ocupar cargos creados nuevos, o en otra sede territorial.

De otro lado, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1479 de 2017 por el cual creó quinientos noventa y uno (591) cargos de carácter permanente, 17 iguales a los que optó la accionante en la convocatoria Nro. 433 de 2016.

Que el 27 de junio de 2019 se expidió la Ley 1960 que modificó la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998 cuyo artículo 6 establece: "El numeral 4 del artículo 31 de Ia Ley 909 de 2004, quedara así: *"Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborara en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes definitivas de cargos equivalente no convocadas, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad".*

Que el 1° de agosto de 2019 la CNSC expidió el "Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019", donde adoptó:

> *"En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y par esta razón, cobijados par la ley ampliamente mencionada."*

Que a Ia fecha no cuenta con posibilidad real de acceder a un cargo público ofertado por el ICBF en el citado concurso de méritos, dado que las únicas cuatro vacantes que se ofertaron en Ia OPEC 38826, Código 2028 Grado 17, están ocupadas, y según la directriz, dicha lista de elegibles de Ia que hago parte no podrá ser tenida en cuenta ya que fue expedida por un proceso de selección que se adelantó con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019, pese a que el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019, precisa que dicha ley rige a partir de la fecha de su publicación, por la que tanto el ICBF como la CNSC deben acatar lo preceptuado por ella, y proveer las vacantes creadas por el Decreto 1749 de 2017 con las listas de elegibles expedidas en razón de la Convocatoria 433 de 2016, que para el caso en concreto cuenta con vigencia hasta el 10 de julio de 2020.

En la respuesta dada a la petición realizada el día 17 de marzo del año corrientes, en el punto dos, el ICBF pone de manifiesto que en la Regional Cauca existen dos vacantes definitivas provistas en provisionalidad, una en la ciudad de Popayán y otra en el Municipio de Santander de Quilichao (Fls. 24 al 26 cd. juzgado).

2.2.- Respuesta de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF:

A través del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad, se opuso a la prosperidad de la presente acción constitucional, bajo el argumento que no ha incurrido en ninguna conducta violatoria de la ley, o derechos fundamentales de la accionante, pues su actuación se ha ceñido a la normatividad y jurisprudencia vigente.

Que se ha dado respuesta de fondo y en forma oportuna a todas las peticiones realizadas por la actora.

Expuso que el proceso para proveer las vacantes de la convocatoria 433 de 2016 para el empleo Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 OPEC (38826) en el que participó la accionante Ángela Cecilia Astudillo Montenegro, ya se surtió con el nombramiento y posesión de los participantes que ocuparon los 4 primeros lugares.

Explica, para el Departamento del Cauca, en este momento hay 2 vacantes en los municipios de Popayán y Santander de Quilichao.

Que de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, el Decreto 1894 de 2012 y la jurisprudencia constitucional (SU-446 de 2011), las listas de elegibles solo pueden usarse para proveer cargos ofertados al momento de la respectiva convocatoria y por tal razón, resulta improcedente acceder a sus pretensiones para que a partir del uso de la lista de elegibles en la que se encuentra, sea nombrada en una vacante distinta a la ofertada bajo el número OPEC 39958.

Que la Ley 1960 de 2019, no es aplicable en el presente caso, como quiera que rige a futuro y por ende, no puede cobijar los acuerdos de convocatoria aprobados antes de su entrada en vigencia, esto es, antes del 27 de junio de 2019, más aún cuando la lista de elegibles en la que se encontraba la accionante

(Resolución N° CNSC 20182230040835 del 26 de abril de 2018) cobró firmeza el 9 de junio de 2018.

Que tampoco le es aplicable la Sentencia de segunda instancia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca del 18 de noviembre de 2019, accionante Jessica Lorena Reyes Contreras, radicado 76001333302120190023401, que tiene solo efectos inter comunis para la lista de elegibles de la OPEC 39958, Cargo Profesional Universitario, código 2044 grado 8. (Folios 33 a 44)

2.3. Respuesta de la Comisión Nacional de Servicio Civil - CNSC.

A través del asesor jurídico de la entidad, mediante escrito solicitó la declaración de improcedencia de la acción de tutela, por cuanto esta no es la vía para reclamar este tipo de derechos, al existir otra vía judicial, que no es otra que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Que respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 es necesario advertir que la misma tiene vigencia desde su publicación esto es, desde el 27 de junio de 2019, no tiene efectos retroactivos y su aplicación se hará para convocatorias posteriores a su entrada en vigencia.

Finalmente, solicita se declare la improcedencia de la tutela, y la desvinculación de la acción, por cuanto la Comisión Nacional del Servicio Civil "CNSC", carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que si bien es cierto esa entidad adelantó el proceso de concurso para proveer los empleos vacantes en la planta de personal del ICBF, también lo es que no tiene ninguna competencia respecto de la administración de la planta de personal del ICBF, pues la facultad para nombrar y retirar servidores públicos se encuentra en cabeza del Representante legal de la entidad en este caso, la Directora del ICBF. (Folios 68 a 75)

2.4. Respuesta de los vinculados:

Pese a estar debidamente notificados y vinculados a la presente acción de tutela, ninguno se pronunció frente a los hechos de la acción.

3. LA SENTENCIA IMPUGNADA.

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, mediante sentencia del 28 de abril de 2020, **declaró** la procedencia de la acción de tutela, y **protegió** los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la señora Ángela Cecilia Astudillo Montenegro. En consecuencia, **ordenó** a la Comisión Nacional del Servicio Civil "CNSC", que (i) dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes de notificada esta decisión, oferte los cargos de Profesional Universitario Código 2028, Grado 17 creados mediante el decreto 1479 de 2017 para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y respecto del registro de elegibles contenido en la Resolución Nro. CNSC 20182020064285 del 22 de junio de 2018, sin que pueda exceder un mes calendario; (ii) elabore la lista de elegibles dentro de los quince (15) días siguientes al vencimiento para optar y una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los cinco (5) días siguientes al ICBF que deberá nombrar a la aspirante dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo de las listas, observando en todo caso el estricto orden de mérito.

Indica el juez, **como argumento de su decisión,** que *"además de la procedencia de este mecanismo constitucional, pese a la existencia de otro mecanismo judicial ante la seria posibilidad de que se configure un perjuicio irremediable para la tutelante dado el vencimiento próximo del registro elegibles que le impediría acceder al empleo público, encuentra esta instancia que el argumento expuesto por las tuteladas, respecto a la imposibilidad jurídica de que se utilice el registro de elegibles en el que se encuentra la actora para cubrir las vacantes creadas, que incluye el cargo para*

el que concurso, bajo la premisa de que es anterior a la vigencia de la ley 1960 de 2019, impone una restricción que no se desprende de su art. 6, destacando que para el 27 de junio de 2019, el referido registro se encontraba vigente dada su vigencia de 2 años. En este contexto resulta extraño argüir una aplicación retroactiva de la norma que impide, sin razón, el derecho de la accionante a acceder al empleo público por el sistema de mérito que tiene rango constitucional (art. 125), desconociéndose de paso el principio de favorabilidad en términos del art. 53 superior.

De su lectura no se desprende la interpretación restrictiva que hace la entidad, pues la norma claramente prevé que la lista de elegibles y en estricto orden de mérito cubrirá las vacantes para las que se efectuó el concurso y "las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad". En este evento es indudable de que se trata de una vacante definitiva de un cargo para el que concurso la accionante, aspecto que no es objeto de discusión, surgida con posterioridad a la convocatoria, sin que la norma haga alusión a que solo aplica para aquellos registros de elegibles posteriores a su vigencia. Una tesis distinta implica un abierto desconocimiento del debido proceso.

Aclara que si bien existe una orden de tutela con efectos inter comunis proferida el 18 de noviembre de 2019 por el H. Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en acción de tutela interpuesta en contra de las entidades accionadas, la misma solo amparó el derecho de aquellos integrantes que hacían parte del registro de elegibles contenido en la Res. CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018, que es distinto al que se ubica la accionante, por lo que sus efectos no le son extensivos".

Mediante auto de fecha 05 de mayo de 2020, el juzgado aclaró la sentencia en mención, indicando: **Primero**.- Aclarar la sentencia de Tutela No. 025, interpuesta en la acción constitucional interpuesta por ÁNGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC" en

el sentido de indicar que para todos los efectos el cargo con Código OPEC N° 38826 su denominación correcta es PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, creado por el Decreto 1479 de 2017.

4. LA IMPUGNACIÓN INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF:

Argumenta el apoderado: (i) el juez no aplicó el principio de rigurosidad del precedente para determinar la procedencia de la tutela, pues existen fallos de la Corte Constitucional que tratan problemáticas de las fases de los concursos, más no de actos posteriores a la expedición de las listas de elegibles, que son actos que concluyen con toda la fase de selección; (ii) no tuvo en cuenta que el ICBF debe adelantar un serie de acciones que implican destinación de recursos públicos, conforme a la legislación vigente, se debe pagar el uso de la lista de elegibles a la CNSC.

Argumenta que no había trascendencia del asunto porque no estaba en discusión alguna irregularidad en el proceso del concurso y por cuanto la lista de elegibles había sido proferida y fueron nombrados quienes ocuparon los primeros puestos, casos en los que la Corte ha establecido la especial protección de la tutela, no con posterioridad a la emisión de la lista de elegibles y con la discusión de problemas jurídicos complejos como la aplicación de una nueva noma en el tiempo.

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

(i) Ya se publicó la lista de elegibles y ya adquirió firmeza, la cual se conformó para proveer 4 vacantes y en dicha lista la accionante ocupó la posición 5.

(ii) La accionante no cuestiona dicha lista sino situaciones que surgieron con posterioridad, específicamente el hecho no se haya aplicado directamente el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, para efectos de su nombramiento en las nuevas vacantes creadas con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016;

(iii) El ICBF ya le informó a la actora que procederá a hacer su nombramiento, una vez se surtan una serie de gestiones y procedimientos que se están adelantando por parte del instituto, y una vez la CNSC apruebe el uso de la lista de elegibles.

(iv) La accionante exige el cumplimiento del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 (que modificó el numeral 4 de la Ley 909 de 2004), desconociendo que la misma norma (artículo 2) creó el derecho a los empleados de carrera administrativa a concurso de ascenso y movilidad horizontal, para lo cual, la Ley otorgó término a la Comisión Nacional del Servicio Civil, para regular el derecho.

Igualmente, el ICBF advierte que no ha incurrido en ninguna actuación vulneradora de derechos fundamentales de la actora, puesto que, hizo los nombramientos a que había lugar de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 (vigente para el momento en que se dio apertura a la convocatoria), el Decreto 1894 de 2012 y la jurisprudencia constitucional (sentencia SU-446 de 2011).

Solo hasta el 16 de enero de 2020, hace poco más de tres meses, la CNSC, como órgano rector de la carrera administrativa, emitió el criterio unificado “uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”, en virtud del cual se hará uso

de las listas conforme a la mencionada Ley, lo cual implica llevar cabo una serie de procedimientos complejos y un trámite presupuestal que se están adelantando en el momento.

Con base en lo expuesto en este escrito, solicita: PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, del 28 de abril de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, en el marco de la acción de tutela de la referencia.

En su lugar, solicita DECLARAR IMPROCEDENTE la acción, por no cumplir los requisitos de: (i) trascendencia iusfundamental del asunto; (ii) subsidiariedad y perjuicio irremediable.

Subsidiariamente, solicita que sea NEGADA, al no advertirse violación de derechos fundamentales por parte del ICBF.

5. PRESUPUESTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES.

5.1. Competencia:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, la sentencia de tutela puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, para ante el superior jerárquico, a quien se le confiere competencia para resolverla y en el caso sub – judice, le corresponde al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, a través de su Sala Laboral.

5.2. Capacidad jurídica:

La accionante es persona mayor de edad y tiene facultades, para actuar en defensa de sus derechos fundamentales, por medio de la presente acción.

Las entidades accionadas e intervinientes, como personas jurídicas de naturaleza pública, actuaron a través de su representante legal o apoderado judicial, cada uno legalmente autorizado para representarlas en sede judicial.

5.3. Sobre la procedencia de la acción de amparo:

Para responder a este cuestionamiento del recurso de impugnación, la Sala CONFIRMA la decisión de Primera Instancia sobre la procedencia de la presente acción de amparo, con fundamento en las siguientes premisas:

5.3.1. La acción de tutela fue concebida para guardar el imperio de la Constitución, como mecanismo de defensa y protección inmediata de los **derechos fundamentales**, a través de un procedimiento preferente y sumario, que conduce a expedir una declaración judicial cuyo contenido es emitir órdenes de efectivo e inmediato cumplimiento.

La procedencia de la acción de tutela se supedita a la comprobación de una afectación material o de una amenaza latente a un derecho de rango fundamental, que justifica la excepcional y pronta intervención del juez constitucional para hacer cesar tales actos trasgresores, en aras de mantener el equilibrio consignado por la Constitución Política.

En consecuencia, la intervención del juez de tutela atiende a un criterio de excepcionalidad y su ámbito de competencia se circunscribe estrictamente a la presunta vulneración de derechos fundamentales, sin ser dable que invada la órbita de competencias de los jueces ordinarios, pues estaría actuando en contra de la misma Constitución.

5.3.2. Tan evidente es el anterior mandato, que el inciso 3° del artículo 86 superior y el numeral 1° del artículo 6° del Decreto

2591 de 1991, prevén de manera expresa que éste mecanismo procederá únicamente, cuando el afectado carezca de otro medio de defensa judicial, **salvo**, que aquél se proponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; perjuicio que debe ser **inminente**, en el sentido de que amenaza o está por suceder prontamente; que las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser **urgentes**; que sea **grave**, y **que la orden del juez de tutela sea impostergable**. Es por tanto, una acción residual o subsidiaria que no está llamada a proceder como mecanismo alterno o sustituto de las vías legales de protección de los derechos.

5.3.3. En relación con la procedencia de la acción de tutela frente a actos administrativos, la H. Corte Constitucional en sentencia T-094 de 2013, expuso:

> *"En el caso específico de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular, se ha predicado por regla general su improcedencia a no ser que se invoque para evitar* ***la configuración de un perjuicio irremediable****. Ello, por cuanto el interesado puede ejercer las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, como medida preventiva solicitar dentro de ésta, la suspensión del acto que causa la transgresión. Sin embargo, el amparo constitucional es procedente en aquellos asuntos en los cuales se demuestre que pese a existir otros mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos fundamentales involucrados, éstos carecen de idoneidad para evitar la configuración de un perjuicio irremediable."*

Luego entonces, en cada caso, el juez constitucional deberá previamente analizar si el medio judicial ordinario o contencioso administrativo realmente brinda la protección inmediata del derecho fundamental que se encuentra inminentemente amenazado o vulnerado, es decir, si es efectivo e idóneo, o si, por el contrario, se trata de una alternativa meramente formal porque

no es eficaz para su salvaguarda o porque su curso ordinario representa una carga desproporcionada para el afectado, de tal forma que su tardanza puede configurar un perjuicio irremediable para sus derechos, ya que, de ocurrir lo primero, la persona debe acudir a la vía judicial ordinaria y no a la tutela, pues el carácter subsidiario de esta acción así lo exige.

5.3.4. Ahora, en materia contencioso administrativa, como consecuencia de lo estatuido en el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, debe tenerse en cuenta para efectos de lo anterior, en todos los procesos de carácter declarativo que se adelanten ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, desde la presentación de la demanda y en cualquier etapa del proceso, las partes podrán pedir al juez o magistrado el decreto y práctica de las medidas cautelares que se consideren necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia[1], las cuales, incluso, de acreditarse su urgencia, podrán ser decretadas sin necesidad de notificar a la contraparte. De ahí que, quede evidenciado que el trámite dispuesto para las medidas cautelares en el nuevo ordenamiento procesal administrativo en cuanto a su oportunidad, requisitos de la solicitud, procedencia, términos y recursos, constituye un trámite independiente al previsto para las demás actuaciones que deban surtirse ante esa jurisdicción, incluso la admisión de la demanda, como quiera que su vigencia dependerá única y exclusivamente, de la persistencia de los hechos o circunstancias que las motivaron, independientemente del procedimiento que haya dado curso a la relación procesal[2].

---

[1] ARTÍCULO 229 CPACA. 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.
La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.
Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.
ARTÍCULO 234. MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya a lugar.
La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decrete.

[2] En providencia de 13 de mayo de 2014, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, en cuanto al decreto y práctica de las medidas cautelares

5.3.5. No obstante, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar, (i) cuando se acredita que los mismos no son lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral, o (ii) cuando no cuentan con la celeridad necesaria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En sentencia T-160 de 2018, la Corte Constitucional frente al perjuicio irremediable sostuvo:

> *"En relación con el primer supuesto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio* ***para evitar un perjuicio irremediable, cuando se presenta una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible***[3]*. Este amparo es eminentemente temporal, como lo dispone el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en los siguientes términos: "[e]n el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado".*
>
> *Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, en criterio de este Tribunal, deben concurrir los siguientes elementos:* ***(i)*** *el perjuicio ha de ser inminente, es decir, que está por suceder;* ***(ii)*** *las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes;* ***(iii)*** *el perjuicio debe ser grave, esto es, susceptible de generar un daño transcendente en el haber jurídico de una persona; y finalmente,* ***(iv)*** *exige una*

---

en los procesos Contencioso Administrativos precisó lo siguiente: *"Como ya se indicó, el trámite de las medidas cautelares es independiente a cualquier otro que se adelante dentro del proceso, de tal manera que la adopción de dichas medidas no está condicionada a la admisión de la demanda y/o a la firmeza del auto admisorio. La medida se adopta mediante una providencia motivada, inclusive, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda, o en cualquier estado del proceso. Según lo previsto en el artículo 231 del CPACA, la suspensión provisional de los actos administrativos demandados procederá, i) por violación de las disposiciones invocadas en la demanda, o ii) en la solicitud que se realice en escrito separado. Luego entonces, la norma permite que la solicitud de suspensión provisional se sustente en el concepto de violación que se exprese en la demanda, sin que ello signifique, que la adopción de dicha medida se condicione por ello, a la ejecutoria del auto admisorio de la demanda. En este orden de ideas, en el caso concreto, no existe impedimento procesal para entrar a decidir, en el término previsto en el artículo 233 del CPACA, la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados."*

[3] Sentencia T-225 de 1993, Vladimiro Naranjo Mesa.

respuesta impostergable para asegurar la debida protección de los derechos comprometidos[4]. En desarrollo de lo expuesto, en la Sentencia T-747 de 2008[5], se consideró que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de "presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela".

5.3.6. En el presente caso, hay claridad y sin discusión, la accionante hace parte del registro de elegibles quedando en quinto lugar para proveer cuatro (4) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC N° 38826 denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del "ICBF", según se verifica en la Resolución N° CNSC - 2018202064285 del 22 de junio de 2018, 2018. Además, que la vigencia de este registro es de 2 años, de conformidad con la Ley 1960 de 2019, vigencia que finaliza el 22 de junio de 2020.

Conforme a lo anterior, nos encontramos con la procedencia de la acción constitucional impetrada por la señora Ángela Astudillo, en tanto, estamos en presencia de la configuración de un perjuicio irremediable, en primer lugar, porque está debidamente probado que la vigencia de la lista de elegibles está por finalizar, es decir, en menos de un mes pierde vigencia, lo que generaría en la accionante una pérdida de cualquier derecho que se pueda desprender de la Convocatoria Nro. 433 de 2016 del ICBF, generando así que la acción contenciosa sea inocua y no cumpla con el objetivo de proteger los derechos de la actora, generando un perjuicio irremediable en la protección de sus derechos fundamentales.

[4] Ver, entre otras, las Sentencias T-225 de 1993 y T-808 de 2010.
[5] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

En segundo lugar, las acciones contenciosas administrativas y sus medidas preventivas no serían eficaces, pues para el momento en que las mismas se estén tramitando ya habría perdido vigencia la lista de elegibles y con ello los posibles derechos que se derivan de esta lista y que se encuentran en cabeza de la accionante.

Pero además, ante las actuales condiciones que limitan la prestación del servicio de justicia en todas las jurisdicciones, incluso la administrativa, por razón de las medidas adoptadas para afrontar la pandemia del COVID19, la acción contenciosa no es el instrumento idóneo y expedito para la protección de sus derechos fundamentales y evitar el perjuicio irremediable a punto de padecer, puesto que se suspendió el servicio para la presentación de demandas contenciosas y de paso, la imposibilidad de solicitar las medidas cautelares, a mediados de abril de 2020, cuando se presenta esta tutela vía digital.

Por lo anterior, se comparte lo sostenido por el juez de instancia, cuando declaró la procedencia de la acción constitucional por configurarse un perjuicio irremediable.

6. ASUNTOS PARA RESOLVER

Siguiendo el escrito de impugnación, La Sala debe resolver el siguiente **PROBLEMA JURÍDICO**:

¿Las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la señora ÁNGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO, al negar el nombramiento en un cargo igual a aquel para el que concursó, que se encuentra vacante, está de primera en la lista de elegibles vigente, por la omisión de aplicar la prórroga de la lista de elegibles, conforme a lo previsto en la Ley 1960 de 2019?

La Tesis de la Sala apunta a **confirmar** la sentencia de primera instancia, por cuanto, la Ley 1960 de 2019 entró a hacer parte del ordenamiento jurídico cuando se encontraba vigente la lista de elegibles para el cargo para el cual concursó la accionante, y en su artículo 6º numeral 4, regula con claridad que la lista de elegibles cubre las vacantes para las que se efectuó el concurso y las que surjan con posterioridad a la convocatoria, sin especificar ningún termino de vigencia y de aplicación, como si lo hizo el legislador con los encargos que reguló en el artículo 1º parágrafo 1º de la mencionada ley.

Las razones son las siguientes:

6.1. La Corte Constitucional en sentencia T-606 de 2010, indica:

"En la Carta de 1991 se regula, la función pública debe ser desarrollada teniendo en cuenta algunos principios constitucionales como, el mérito, la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la imparcialidad, la transparencia, la celeridad y la publicidad.[15]

De acuerdo con lo anterior, la misma Constitución Política señaló que el principio constitucional del mérito es uno de los pilares del Estado Social de Derecho, dispuesto por el artículo primero de la misma norma, pues de éste depende el desarrollo del principio democrático y del interés general. El mérito se materializa a través del concurso público, el cual, tiene como finalidad "evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa[16]*".*[17]

Por tanto, la finalidad del concurso público es hacer que el mérito de los aspirantes que pretenden acceder a un cargo de la función pública, predomine ante cualquier otra determinación. Este concurso despliega un proceso en el cual se evalúan las calidades de cada uno de los candidatos bajo condiciones de igualdad, y así excluir nombramientos "arbitrarios o clientelistas o, en general, fundados en intereses particulares distintos de los auténticos intereses públicos."[18]

7.2. En la misma sentencia T-606 de 2010, frente al concurso público, expuso que es un procedimiento mediante el cual se garantiza que la selección de los aspirantes para ocupar cargos públicos se funde en la *"evaluación y en la determinación de la capacidad e idoneidad de éstos para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo".* De esta manera, *"se impide la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios 'subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (…), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante.'**[19]**"*[20]

La Corte Constitucional en sentencia T-606 de 2010 ha señalado, que si bien, con el concurso de méritos se busca la objetividad en la selección de los ciudadanos para ser nombrados en cargos públicos, para que éstos puedan acceder a la función pública en igualdad de condiciones, en estos procesos, además, se deben analizar y evaluar todos los factores que exhiba un candidato para ocupar un cargo de la administración, por lo que, en virtud de ello, serán tenidos en cuenta factores en los que no es posible la objetividad *"pues 'aparece un elemento subjetivo que, en ciertas ocasiones podría determinar la selección, como sería, por ejemplo, el análisis de las condiciones morales del aspirante, su capacidad para relacionarse con el público, su comportamiento social, etc.'*[21]*"*[22]. Sin embargo, así exista un elemento subjetivo en la evaluación, la finalidad del concurso es "desterrar la arbitrariedad"[23]

De igual forma ha indicado que la selección objetiva para acceder a los cargos públicos, conlleva una consecuencia adicional, y es que, una vez terminado dicho proceso y se han establecido los resultados de cada aspirante en cada una de las pruebas y ponderado los factores objetivos y subjetivos requeridos para

ocupar el respectivo cargo, se nombre al participante más idóneo y capacitado, es decir, aquel que ocupó el primer lugar.

7.3. Para la Corte Constitucional, frustrar el derecho legítimo que tienen las personas seleccionadas en los procesos de concurso de méritos a ser nombradas en los cargos para los cuales concursaron, conlleva una violación de sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo.

En palabras de la Corporación:

> "*la Corte mediante la sentencia SU-133 de 1998, sostuvo que se quebranta el derecho al debido proceso –que, según el artículo 29 de la Constitución obliga en todas las actuaciones administrativas- y se infiere un perjuicio cuando el nominador cambia las reglas de juego aplicables al concurso y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Así mismo, se lesiona el derecho al trabajo cuando una persona es privada del acceso a un empleo o función pública a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que, si cumplía con ciertas condiciones –ganar el concurso-, sería escogida para el efecto. En idéntica línea se conculca el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, cuando se otorga trato preferente y probadamente injustificado a quien se elige sin merecerlo, y trato peyorativo a quien es rechazado no obstante el mérito demostrado."*[6]

En esa misma medida, precisó la Corte que tal curso de acción también *"equivaldría a vulnerar el principio de la buena fe –Artículo 83 de la Carta- al defraudar la confianza de quien se sometió a las reglas establecidas para acceder a un cargo de carrera administrativa después de haber superado todas las pruebas necesarias para determinar que él había ocupado el primer lugar y, por contera, los derechos adquiridos en los términos del artículo 58 Superior"*[7].

---

[6] Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).
[7] Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

7.4. La jurisprudencia constitucional, en sentencia SU-913 de 2009, también ha aclarado que las listas de elegibles que se encuentran en firme son inmodificables, en virtud del principio constitucional de buena fe y de la confianza legítima que ampara a quienes participan en estos procesos[8].

En desarrollo de esta postura, la Corte Constitucional en sentencia SU-913 de 2009, explicó que los actos administrativos que establecen las listas de elegibles, una vez en firme, crean derechos subjetivos de carácter particular y concreto que no pueden ser desconocidos por la Administración:

> *"Cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una de las personas que la conforman.*
>
> *… (…)*
>
> *Lo cierto es que una vez en firme, el acto administrativo que contiene la lista de elegibles no puede ser modificado en sede Administrativa, sin perjuicio de la posible impugnación que se surta en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria. Por ello, cuando el nominador designa para desempeñar un cargo de carrera a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desplazando a quien la antecede por haber obtenido el mejor puntaje, lesiona sin lugar a dudas*

[8] Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

derechos fundamentales, entre ellos, el de igualdad, el derecho al trabajo y el debido proceso. Como también se lesionan los derechos fundamentales de quienes ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles cuando se reconforman dichas listas sin existir justo título que así lo autorice"[9].

7.5. En el presente caso, está en discusión el alcance del numeral 4, del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, que reza:

"ARTÍCULO 6o. *El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:*

"Artículo 31. El Proceso de Selección comprende:

1. (...)

2. (...)

3. (...)

4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.

8. HECHOS PROBADOS:

Del estudio de los medios de convicción aportados al proceso, y sin discusión por las entidades accionadas, está debidamente probado:

[9] Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

8.1. Que la accionante participó en el concurso méritos denominado Convocatoria N 433 de 2016 en el ICBF y que hace parte del registro de elegibles quedando en quinto lugar para proveer cuatro (4) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC N° 38826 denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF", según se verifica en la Resolución N° CNSC - 2018202064285 del 22 de junio de 2018.

La vigencia de la lista de elegibles es de 2 años, por lo tanto, fenece el 22 de junio de 2020

8.2. El 1 ° de agosto de 2019 la CNSC aprobó y expidió el "Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019", en el que concluyó:

> "*En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón cobijados por la ley ampliamente mencionada."*

8.3. En razón a la expedición del Decreto 1479 de 2017, "*Por medio del cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Cecilia de la Fuente de Lleras, y se dictan otras disposiciones.*", se crearon varios cargos a nivel nacional, incluido el cargo para el que concursó la accionante.

8.4. Está debidamente probado que la CNSC mediante resolución Nro. 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, revocó el artículo 4º de de la resolución que contiene la lista de elegibles de la mencionada convocatoria 433 de

2016, con el argumento que el Decreto 1894 del 11 de septiembre de 2012, compilado en el Decreto 1083 de 2015, norma vigente al momento de expedir el Acuerdo de Convocatoria, al establecer que "si agotados dichos órdenes no fuere posible la provisión del empleo, deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad".

CONCLUSIONES:

1. Lo primero, está debidamente probado la demandante tiene un derecho subjetivo actual, por encontrarse en la lista de elegibles vigente para el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF", pues así se probó y las partes accionadas no se opusieron a este hecho.

2. En segundo lugar, la Sala estima, el derecho de la actora al nombramiento en uno de los cargos vacantes que existen en la actualidad y fruto de la ampliación de la planta de personal de la entidad accionada ICBF, encuentra pleno respaldo en el numeral 4, del artículo 6º, de la Ley 1960 de 2019, al regular expresamente que con las listas de elegibles conformadas por la CNSC, o la empleadora, "*Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.*"

Según el tenor literal de esta normativa, salta a la vista que la actora tiene derecho al nombramiento en una de las nuevas vacantes creadas con ocasión de la ampliación de la planta de personal, que corresponden al mismo cargo para el cual concursó y está de primera en la lista.

3. Así las cosas, si bien la CNSC revocó el numeral 4 de la resolución que contiene la lista de elegibles, por la ausencia de vacantes en el cargo para el cual concursó, dentro de la convocatoria 433 de 2016, lo cierto es, con la expedición del numeral 4 del artículo 6, de la Ley 1960 de 2019, se revivió la posibilidad de postularse a las vacantes que actualmente existen, por razón de la creación de nuevos cargos en la planta de personal del ICBF, por medio del Decreto 1479 de 2017, concretamente en los municipios de Popayán y Santander de Quilichao, del departamento del Cauca, por cuanto, con la ley 1960 de 2019, se derogó de manera tacita lo previsto en el Decreto 1894 de 2012, y surge el derecho a la actora para postularse en los nuevos cargos creados en la entidad accionada ICBF.

Además, esta Ley 1960 de 2019 es de aplicación inmediata, y el concepto dado por la CNSC está en total contravía del tenor literal del numeral 4 del artículo 6 en cita anterior, con mayor razón, en esta ley únicamente se restringe su aplicación para casos posteriores a su vigencia, conforme al parágrafo 1°, del artículo 1°, cuando se trata de los encargos, al prever que *"Lo dispuesto en este artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posterioridad a la vigencia de esta ley."*

Conforme a lo expuesto, esta Sala de Decisión confirma la sentencia de primera instancia que amparó los derechos fundamentales de la señora Ángela Cecilia Astudillo.

8.- DECISIÓN

De conformidad con lo expuesto, la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, actuando como Corporación Constitucional, administrando justicia en nombre de La República de Colombia, por autoridad de la ley y mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, el día veintiocho (28) de abril de dos mil diecinueve (2019), dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** instaurada por la señora **ÁNGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO** en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC Y EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF,** por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- **ORDÉNESE** a la Secretaría de la Sala notifique esta providencia a todos los interesados en la forma indicada en el Decreto 2591 de 1991.

TERCERO.- Oportunamente **REMÍTASE** el expediente de tutela ante La H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

Los Magistrados,

LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTES

CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA

Firma digitalizada válida para actos judiciales y administrativos

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado

Popayán-Cauca

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Proyecto presentado, discutido y aprobado en sala de decisión del nueve (09) de junio de dos mil veinte (2020).

PROCESO	**ACCIÓN DE TUTELA**
ACCIONANTE	**ÁNGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO**
ACCIONADO(S)	**INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF.** **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC**
VINCULADOS	**ASPIRANTES INSCRITOS LISTA ELEGIBLES CONVOCATORIA #433 DE 2016 DEL ICBF CONCURSO OPEC #38826 "PROFESIONAL ESPECIALIZADO CÓDIGO 2028 GRADO 17"**
RADICADO	**19-001-31-05-002-2020-00072-01**
INSTANCIA	**SEGUNDA – IMPUGNACIÓN SENTENCIA**
TEMAS Y SUBTEMAS	**DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, TRABAJO Y EL ACCESO A CARGOS PÚBLICOS.**
DECISIÓN	**Se confirma la sentencia impugnada.**

1. ASUNTO A TRATAR:

Procede esta Sala a resolver la impugnación formulada por la parte accionada, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, frente a la sentencia de tutela proferida el veintiocho (28) de abril del año dos mil veinte (2020), por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, Cauca, mediante la cual se concedió la protección constitucional invocada por la accionante.

2. ANTECEDENTES

2.1.- La demanda y su fundamento:

Invocando la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y el acceso a cargos públicos, a nombre propio, promovió acción de tutela contra Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que el juez de tutela luego de la protección de sus derechos fundamentales, ordene a las accionadas realicen los trámites administrativos pertinentes para que se dé cumplimiento a lo ordenado en los artículos 6° y 7° de la Ley 1960 de 2019, y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles contenida en la Resolución Nro. 20182020064285 del 22 de junio de 2018, para que la nombren y posesionen en una de las 591 vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017, y así evitarle un perjuicio irremediable.

Como *fundamentos fácticos* la actora expone que, mediante Acuerdo Nro. 20161000001 del 05 de septiembre de 2016, la Comisión Nacional del Servicio Civil, convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF.

Que la actora se inscribió para optar por 4 vacantes del empleo identificado con el código OPEC Nro. 38826, denominado Profesional Especializado Código Nro. 2028, Grado 17.

La CNSC mediante Resolución Nro. 20182020064285 del 22 de junio de 2018 conforma la lista de elegibles, quedando la accionante en el quinto lugar y mediante Resolución Nro. 9544 del 26 de julio de 2018 el ICBF nombró en periodo de prueba a quienes habían quedado en los primeros cuatro lugares de la lista de elegibles.

El 22 de noviembre de 2018 la CNSC expidió la Resolución Nro. CNSC 20182230156785, que revoca el artículo 4 de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la convocatoria Nro. 443 de 2016, lo que impidió que el ICBF pudiese usar la lista de elegibles, para ocupar cargos creados nuevos, o en otra sede territorial.

De otro lado, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1479 de 2017 por el cual creó quinientos noventa y uno (591) cargos de carácter permanente, 17 iguales a los que optó la accionante en la convocatoria Nro. 433 de 2016.

Que el 27 de junio de 2019 se expidió la Ley 1960 que modificó la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998 cuyo artículo 6 establece: "El numeral 4 del artículo 31 de Ia Ley 909 de 2004, quedara así: *"Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborara en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes definitivas de cargos equivalente no convocadas, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad".*

Que el 1° de agosto de 2019 la CNSC expidió el "Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019", donde adoptó:

> *"En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y par esta razón, cobijados par la ley ampliamente mencionada."*

Que a Ia fecha no cuenta con posibilidad real de acceder a un cargo público ofertado por el ICBF en el citado concurso de méritos, dado que las únicas cuatro vacantes que se ofertaron en Ia OPEC 38826, Código 2028 Grado 17, están ocupadas, y según la directriz, dicha lista de elegibles de Ia que hago parte no podrá ser tenida en cuenta ya que fue expedida por un proceso de selección que se adelantó con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019, pese a que el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019, precisa que dicha ley rige a partir de la fecha de su publicación, por la que tanto el ICBF como la CNSC deben acatar lo preceptuado por ella, y proveer las vacantes creadas por el Decreto 1749 de 2017 con las listas de elegibles expedidas en razón de la Convocatoria 433 de 2016, que para el caso en concreto cuenta con vigencia hasta el 10 de julio de 2020.

En la respuesta dada a la petición realizada el día 17 de marzo del año corrientes, en el punto dos, el ICBF pone de manifiesto que en la Regional Cauca existen dos vacantes definitivas provistas en provisionalidad, una en la ciudad de Popayán y otra en el Municipio de Santander de Quilichao (Fls. 24 al 26 cd. juzgado).

2.2.- Respuesta de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF:

A través del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad, se opuso a la prosperidad de la presente acción constitucional, bajo el argumento que no ha incurrido en ninguna conducta violatoria de la ley, o derechos fundamentales de la accionante, pues su actuación se ha ceñido a la normatividad y jurisprudencia vigente.

Que se ha dado respuesta de fondo y en forma oportuna a todas las peticiones realizadas por la actora.

Expuso que el proceso para proveer las vacantes de la convocatoria 433 de 2016 para el empleo Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 OPEC (38826) en el que participó la accionante Ángela Cecilia Astudillo Montenegro, ya se surtió con el nombramiento y posesión de los participantes que ocuparon los 4 primeros lugares.

Explica, para el Departamento del Cauca, en este momento hay 2 vacantes en los municipios de Popayán y Santander de Quilichao.

Que de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, el Decreto 1894 de 2012 y la jurisprudencia constitucional (SU-446 de 2011), las listas de elegibles solo pueden usarse para proveer cargos ofertados al momento de la respectiva convocatoria y por tal razón, resulta improcedente acceder a sus pretensiones para que a partir del uso de la lista de elegibles en la que se encuentra, sea nombrada en una vacante distinta a la ofertada bajo el número OPEC 39958.

Que la Ley 1960 de 2019, no es aplicable en el presente caso, como quiera que rige a futuro y por ende, no puede cobijar los acuerdos de convocatoria aprobados antes de su entrada en vigencia, esto es, antes del 27 de junio de 2019, más aún cuando la lista de elegibles en la que se encontraba la accionante

(Resolución N° CNSC 20182230040835 del 26 de abril de 2018) cobró firmeza el 9 de junio de 2018.

Que tampoco le es aplicable la Sentencia de segunda instancia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca del 18 de noviembre de 2019, accionante Jessica Lorena Reyes Contreras, radicado 76001333302120190023401, que tiene solo efectos inter comunis para la lista de elegibles de la OPEC 39958, Cargo Profesional Universitario, código 2044 grado 8. (Folios 33 a 44)

2.3. Respuesta de la Comisión Nacional de Servicio Civil - CNSC.

A través del asesor jurídico de la entidad, mediante escrito solicitó la declaración de improcedencia de la acción de tutela, por cuanto esta no es la vía para reclamar este tipo de derechos, al existir otra vía judicial, que no es otra que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Que respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 es necesario advertir que la misma tiene vigencia desde su publicación esto es, desde el 27 de junio de 2019, no tiene efectos retroactivos y su aplicación se hará para convocatorias posteriores a su entrada en vigencia.

Finalmente, solicita se declare la improcedencia de la tutela, y la desvinculación de la acción, por cuanto la Comisión Nacional del Servicio Civil "CNSC", carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que si bien es cierto esa entidad adelantó el proceso de concurso para proveer los empleos vacantes en la planta de personal del ICBF, también lo es que no tiene ninguna competencia respecto de la administración de la planta de personal del ICBF, pues la facultad para nombrar y retirar servidores públicos se encuentra en cabeza del Representante legal de la entidad en este caso, la Directora del ICBF. (Folios 68 a 75)

2.4. Respuesta de los vinculados:

Pese a estar debidamente notificados y vinculados a la presente acción de tutela, ninguno se pronunció frente a los hechos de la acción.

3. LA SENTENCIA IMPUGNADA.

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, mediante sentencia del 28 de abril de 2020, **declaró** la procedencia de la acción de tutela, y **protegió** los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la señora Ángela Cecilia Astudillo Montenegro. En consecuencia, **ordenó** a la Comisión Nacional del Servicio Civil "CNSC", que (i) dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes de notificada esta decisión, oferte los cargos de Profesional Universitario Código 2028, Grado 17 creados mediante el decreto 1479 de 2017 para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y respecto del registro de elegibles contenido en la Resolución Nro. CNSC 20182020064285 del 22 de junio de 2018, sin que pueda exceder un mes calendario; (ii) elabore la lista de elegibles dentro de los quince (15) días siguientes al vencimiento para optar y una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los cinco (5) días siguientes al ICBF que deberá nombrar a la aspirante dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo de las listas, observando en todo caso el estricto orden de mérito.

Indica el juez, **como argumento de su decisión,** que *"además de la procedencia de este mecanismo constitucional, pese a la existencia de otro mecanismo judicial ante la seria posibilidad de que se configure un perjuicio irremediable para la tutelante dado el vencimiento próximo del registro elegibles que le impediría acceder al empleo público, encuentra esta instancia que el argumento expuesto por las tuteladas, respecto a la imposibilidad jurídica de que se utilice el registro de elegibles en el que se encuentra la actora para cubrir las vacantes creadas, que incluye el cargo para*

el que concurso, bajo la premisa de que es anterior a la vigencia de la ley 1960 de 2019, impone una restricción que no se desprende de su art. 6, destacando que para el 27 de junio de 2019, el referido registro se encontraba vigente dada su vigencia de 2 años. En este contexto resulta extraño argüir una aplicación retroactiva de la norma que impide, sin razón, el derecho de la accionante a acceder al empleo público por el sistema de mérito que tiene rango constitucional (art. 125), desconociéndose de paso el principio de favorabilidad en términos del art. 53 superior.

De su lectura no se desprende la interpretación restrictiva que hace la entidad, pues la norma claramente prevé que la lista de elegibles y en estricto orden de mérito cubrirá las vacantes para las que se efectuó el concurso y "las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad". En este evento es indudable de que se trata de una vacante definitiva de un cargo para el que concurso la accionante, aspecto que no es objeto de discusión, surgida con posterioridad a la convocatoria, sin que la norma haga alusión a que solo aplica para aquellos registros de elegibles posteriores a su vigencia. Una tesis distinta implica un abierto desconocimiento del debido proceso.

Aclara que si bien existe una orden de tutela con efectos inter comunis proferida el 18 de noviembre de 2019 por el H. Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en acción de tutela interpuesta en contra de las entidades accionadas, la misma solo amparó el derecho de aquellos integrantes que hacían parte del registro de elegibles contenido en la Res. CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018, que es distinto al que se ubica la accionante, por lo que sus efectos no le son extensivos".

Mediante auto de fecha 05 de mayo de 2020, el juzgado aclaró la sentencia en mención, indicando: **Primero**.- Aclarar la sentencia de Tutela No. 025, interpuesta en la acción constitucional interpuesta por ÁNGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC" en

el sentido de indicar que para todos los efectos el cargo con Código OPEC N° 38826 su denominación correcta es PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, creado por el Decreto 1479 de 2017.

4. LA IMPUGNACIÓN INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF:

Argumenta el apoderado: (i) el juez no aplicó el principio de rigurosidad del precedente para determinar la procedencia de la tutela, pues existen fallos de la Corte Constitucional que tratan problemáticas de las fases de los concursos, más no de actos posteriores a la expedición de las listas de elegibles, que son actos que concluyen con toda la fase de selección; (ii) no tuvo en cuenta que el ICBF debe adelantar un serie de acciones que implican destinación de recursos públicos, conforme a la legislación vigente, se debe pagar el uso de la lista de elegibles a la CNSC.

Argumenta que no había trascendencia del asunto porque no estaba en discusión alguna irregularidad en el proceso del concurso y por cuanto la lista de elegibles había sido proferida y fueron nombrados quienes ocuparon los primeros puestos, casos en los que la Corte ha establecido la especial protección de la tutela, no con posterioridad a la emisión de la lista de elegibles y con la discusión de problemas jurídicos complejos como la aplicación de una nueva noma en el tiempo.

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

(i) Ya se publicó la lista de elegibles y ya adquirió firmeza, la cual se conformó para proveer 4 vacantes y en dicha lista la accionante ocupó la posición 5.

(ii) La accionante no cuestiona dicha lista sino situaciones que surgieron con posterioridad, específicamente el hecho no se haya aplicado directamente el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, para efectos de su nombramiento en las nuevas vacantes creadas con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016;

(iii) El ICBF ya le informó a la actora que procederá a hacer su nombramiento, una vez se surtan una serie de gestiones y procedimientos que se están adelantando por parte del instituto, y una vez la CNSC apruebe el uso de la lista de elegibles.

(iv) La accionante exige el cumplimiento del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 (que modificó el numeral 4 de la Ley 909 de 2004), desconociendo que la misma norma (artículo 2) creó el derecho a los empleados de carrera administrativa a concurso de ascenso y movilidad horizontal, para lo cual, la Ley otorgó término a la Comisión Nacional del Servicio Civil, para regular el derecho.

Igualmente, el ICBF advierte que no ha incurrido en ninguna actuación vulneradora de derechos fundamentales de la actora, puesto que, hizo los nombramientos a que había lugar de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 (vigente para el momento en que se dio apertura a la convocatoria), el Decreto 1894 de 2012 y la jurisprudencia constitucional (sentencia SU-446 de 2011).

Solo hasta el 16 de enero de 2020, hace poco más de tres meses, la CNSC, como órgano rector de la carrera administrativa, emitió el criterio unificado “uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”, en virtud del cual se hará uso

de las listas conforme a la mencionada Ley, lo cual implica llevar cabo una serie de procedimientos complejos y un trámite presupuestal que se están adelantando en el momento.

Con base en lo expuesto en este escrito, solicita: PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, del 28 de abril de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, en el marco de la acción de tutela de la referencia.

En su lugar, solicita DECLARAR IMPROCEDENTE la acción, por no cumplir los requisitos de: (i) trascendencia iusfundamental del asunto; (ii) subsidiariedad y perjuicio irremediable.

Subsidiariamente, solicita que sea NEGADA, al no advertirse violación de derechos fundamentales por parte del ICBF.

5. PRESUPUESTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES.

5.1. Competencia:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, la sentencia de tutela puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, para ante el superior jerárquico, a quien se le confiere competencia para resolverla y en el caso sub – judice, le corresponde al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, a través de su Sala Laboral.

5.2. Capacidad jurídica:

La accionante es persona mayor de edad y tiene facultades, para actuar en defensa de sus derechos fundamentales, por medio de la presente acción.

Las entidades accionadas e intervinientes, como personas jurídicas de naturaleza pública, actuaron a través de su representante legal o apoderado judicial, cada uno legalmente autorizado para representarlas en sede judicial.

5.3. Sobre la procedencia de la acción de amparo:

Para responder a este cuestionamiento del recurso de impugnación, la Sala CONFIRMA la decisión de Primera Instancia sobre la procedencia de la presente acción de amparo, con fundamento en las siguientes premisas:

5.3.1. La acción de tutela fue concebida para guardar el imperio de la Constitución, como mecanismo de defensa y protección inmediata de los **derechos fundamentales**, a través de un procedimiento preferente y sumario, que conduce a expedir una declaración judicial cuyo contenido es emitir órdenes de efectivo e inmediato cumplimiento.

La procedencia de la acción de tutela se supedita a la comprobación de una afectación material o de una amenaza latente a un derecho de rango fundamental, que justifica la excepcional y pronta intervención del juez constitucional para hacer cesar tales actos trasgresores, en aras de mantener el equilibrio consignado por la Constitución Política.

En consecuencia, la intervención del juez de tutela atiende a un criterio de excepcionalidad y su ámbito de competencia se circunscribe estrictamente a la presunta vulneración de derechos fundamentales, sin ser dable que invada la órbita de competencias de los jueces ordinarios, pues estaría actuando en contra de la misma Constitución.

5.3.2. Tan evidente es el anterior mandato, que el inciso 3° del artículo 86 superior y el numeral 1° del artículo 6° del Decreto

2591 de 1991, prevén de manera expresa que éste mecanismo procederá únicamente, cuando el afectado carezca de otro medio de defensa judicial, **salvo**, que aquél se proponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; perjuicio que debe ser **inminente**, en el sentido de que amenaza o está por suceder prontamente; que las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser **urgentes**; que sea **grave**, y **que la orden del juez de tutela sea impostergable**. Es por tanto, una acción residual o subsidiaria que no está llamada a proceder como mecanismo alterno o sustituto de las vías legales de protección de los derechos.

5.3.3. En relación con la procedencia de la acción de tutela frente a actos administrativos, la H. Corte Constitucional en sentencia T-094 de 2013, expuso:

> *"En el caso específico de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular, se ha predicado por regla general su improcedencia a no ser que se invoque para evitar* ***la configuración de un perjuicio irremediable****. Ello, por cuanto el interesado puede ejercer las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, como medida preventiva solicitar dentro de ésta, la suspensión del acto que causa la transgresión. Sin embargo, el amparo constitucional es procedente en aquellos asuntos en los cuales se demuestre que pese a existir otros mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos fundamentales involucrados, éstos carecen de idoneidad para evitar la configuración de un perjuicio irremediable."*

Luego entonces, en cada caso, el juez constitucional deberá previamente analizar si el medio judicial ordinario o contencioso administrativo realmente brinda la protección inmediata del derecho fundamental que se encuentra inminentemente amenazado o vulnerado, es decir, si es efectivo e idóneo, o si, por el contrario, se trata de una alternativa meramente formal porque

no es eficaz para su salvaguarda o porque su curso ordinario representa una carga desproporcionada para el afectado, de tal forma que su tardanza puede configurar un perjuicio irremediable para sus derechos, ya que, de ocurrir lo primero, la persona debe acudir a la vía judicial ordinaria y no a la tutela, pues el carácter subsidiario de esta acción así lo exige.

5.3.4. Ahora, en materia contencioso administrativa, como consecuencia de lo estatuido en el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, debe tenerse en cuenta para efectos de lo anterior, en todos los procesos de carácter declarativo que se adelanten ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, desde la presentación de la demanda y en cualquier etapa del proceso, las partes podrán pedir al juez o magistrado el decreto y práctica de las medidas cautelares que se consideren necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia[1], las cuales, incluso, de acreditarse su urgencia, podrán ser decretadas sin necesidad de notificar a la contraparte. De ahí que, quede evidenciado que el trámite dispuesto para las medidas cautelares en el nuevo ordenamiento procesal administrativo en cuanto a su oportunidad, requisitos de la solicitud, procedencia, términos y recursos, constituye un trámite independiente al previsto para las demás actuaciones que deban surtirse ante esa jurisdicción, incluso la admisión de la demanda, como quiera que su vigencia dependerá única y exclusivamente, de la persistencia de los hechos o circunstancias que las motivaron, independientemente del procedimiento que haya dado curso a la relación procesal[2].

---

[1] ARTÍCULO 229 CPACA. 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.
La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.
Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.
ARTÍCULO 234. MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya a lugar.
La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decrete.

[2] En providencia de 13 de mayo de 2014, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, en cuanto al decreto y práctica de las medidas cautelares

5.3.5. No obstante, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar, (i) cuando se acredita que los mismos no son lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral, o (ii) cuando no cuentan con la celeridad necesaria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En sentencia T-160 de 2018, la Corte Constitucional frente al perjuicio irremediable sostuvo:

> *"En relación con el primer supuesto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio* ***para evitar un perjuicio irremediable, cuando se presenta una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible***[3]*. Este amparo es eminentemente temporal, como lo dispone el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en los siguientes términos: "[e]n el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado".*
>
> *Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, en criterio de este Tribunal, deben concurrir los siguientes elementos:* ***(i)*** *el perjuicio ha de ser inminente, es decir, que está por suceder;* ***(ii)*** *las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes;* ***(iii)*** *el perjuicio debe ser grave, esto es, susceptible de generar un daño transcendente en el haber jurídico de una persona; y finalmente,* ***(iv)*** *exige una*

---

en los procesos Contencioso Administrativos precisó lo siguiente: *"Como ya se indicó, el trámite de las medidas cautelares es independiente a cualquier otro que se adelante dentro del proceso, de tal manera que la adopción de dichas medidas no está condicionada a la admisión de la demanda y/o a la firmeza del auto admisorio. La medida se adopta mediante una providencia motivada, inclusive, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda, o en cualquier estado del proceso. Según lo previsto en el artículo 231 del CPACA, la suspensión provisional de los actos administrativos demandados procederá, i) por violación de las disposiciones invocadas en la demanda, o ii) en la solicitud que se realice en escrito separado. Luego entonces, la norma permite que la solicitud de suspensión provisional se sustente en el concepto de violación que se exprese en la demanda, sin que ello signifique, que la adopción de dicha medida se condicione por ello, a la ejecutoria del auto admisorio de la demanda. En este orden de ideas, en el caso concreto, no existe impedimento procesal para entrar a decidir, en el término previsto en el artículo 233 del CPACA, la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados."*

[3] Sentencia T-225 de 1993, Vladimiro Naranjo Mesa.

respuesta impostergable para asegurar la debida protección de los derechos comprometidos[4]. En desarrollo de lo expuesto, en la Sentencia T-747 de 2008[5], se consideró que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de "presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela".

5.3.6. En el presente caso, hay claridad y sin discusión, la accionante hace parte del registro de elegibles quedando en quinto lugar para proveer cuatro (4) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC N° 38826 denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del "ICBF", según se verifica en la Resolución N° CNSC - 2018202064285 del 22 de junio de 2018, 2018. Además, que la vigencia de este registro es de 2 años, de conformidad con la Ley 1960 de 2019, vigencia que finaliza el 22 de junio de 2020.

Conforme a lo anterior, nos encontramos con la procedencia de la acción constitucional impetrada por la señora Ángela Astudillo, en tanto, estamos en presencia de la configuración de un perjuicio irremediable, en primer lugar, porque está debidamente probado que la vigencia de la lista de elegibles está por finalizar, es decir, en menos de un mes pierde vigencia, lo que generaría en la accionante una pérdida de cualquier derecho que se pueda desprender de la Convocatoria Nro. 433 de 2016 del ICBF, generando así que la acción contenciosa sea inocua y no cumpla con el objetivo de proteger los derechos de la actora, generando un perjuicio irremediable en la protección de sus derechos fundamentales.

[4] Ver, entre otras, las Sentencias T-225 de 1993 y T-808 de 2010.
[5] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

En segundo lugar, las acciones contenciosas administrativas y sus medidas preventivas no serían eficaces, pues para el momento en que las mismas se estén tramitando ya habría perdido vigencia la lista de elegibles y con ello los posibles derechos que se derivan de esta lista y que se encuentran en cabeza de la accionante.

Pero además, ante las actuales condiciones que limitan la prestación del servicio de justicia en todas las jurisdicciones, incluso la administrativa, por razón de las medidas adoptadas para afrontar la pandemia del COVID19, la acción contenciosa no es el instrumento idóneo y expedito para la protección de sus derechos fundamentales y evitar el perjuicio irremediable a punto de padecer, puesto que se suspendió el servicio para la presentación de demandas contenciosas y de paso, la imposibilidad de solicitar las medidas cautelares, a mediados de abril de 2020, cuando se presenta esta tutela vía digital.

Por lo anterior, se comparte lo sostenido por el juez de instancia, cuando declaró la procedencia de la acción constitucional por configurarse un perjuicio irremediable.

6. ASUNTOS PARA RESOLVER

Siguiendo el escrito de impugnación, La Sala debe resolver el siguiente **PROBLEMA JURÍDICO**:

¿Las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la señora ÁNGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO, al negar el nombramiento en un cargo igual a aquel para el que concursó, que se encuentra vacante, está de primera en la lista de elegibles vigente, por la omisión de aplicar la prórroga de la lista de elegibles, conforme a lo previsto en la Ley 1960 de 2019?

La Tesis de la Sala apunta a **confirmar** la sentencia de primera instancia, por cuanto, la Ley 1960 de 2019 entró a hacer parte del ordenamiento jurídico cuando se encontraba vigente la lista de elegibles para el cargo para el cual concursó la accionante, y en su artículo 6º numeral 4, regula con claridad que la lista de elegibles cubre las vacantes para las que se efectuó el concurso y las que surjan con posterioridad a la convocatoria, sin especificar ningún termino de vigencia y de aplicación, como si lo hizo el legislador con los encargos que reguló en el artículo 1º parágrafo 1º de la mencionada ley.

Las razones son las siguientes:

6.1. La Corte Constitucional en sentencia T-606 de 2010, indica:

"En la Carta de 1991 se regula, la función pública debe ser desarrollada teniendo en cuenta algunos principios constitucionales como, el mérito, la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la imparcialidad, la transparencia, la celeridad y la publicidad.[15]

De acuerdo con lo anterior, la misma Constitución Política señaló que el principio constitucional del mérito es uno de los pilares del Estado Social de Derecho, dispuesto por el artículo primero de la misma norma, pues de éste depende el desarrollo del principio democrático y del interés general. El mérito se materializa a través del concurso público, el cual, tiene como finalidad "evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa[16]*".*[17]

Por tanto, la finalidad del concurso público es hacer que el mérito de los aspirantes que pretenden acceder a un cargo de la función pública, predomine ante cualquier otra determinación. Este concurso despliega un proceso en el cual se evalúan las calidades de cada uno de los candidatos bajo condiciones de igualdad, y así excluir nombramientos "arbitrarios o clientelistas o, en general, fundados en intereses particulares distintos de los auténticos intereses públicos."[18]

7.2. En la misma sentencia T-606 de 2010, frente al concurso público, expuso que es un procedimiento mediante el cual se garantiza que la selección de los aspirantes para ocupar cargos públicos se funde en la *"evaluación y en la determinación de la capacidad e idoneidad de éstos para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo".* De esta manera, *"se impide la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios 'subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (…), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante.'**[19]**"*[20]

La Corte Constitucional en sentencia T-606 de 2010 ha señalado, que si bien, con el concurso de méritos se busca la objetividad en la selección de los ciudadanos para ser nombrados en cargos públicos, para que éstos puedan acceder a la función pública en igualdad de condiciones, en estos procesos, además, se deben analizar y evaluar todos los factores que exhiba un candidato para ocupar un cargo de la administración, por lo que, en virtud de ello, serán tenidos en cuenta factores en los que no es posible la objetividad *"pues 'aparece un elemento subjetivo que, en ciertas ocasiones podría determinar la selección, como sería, por ejemplo, el análisis de las condiciones morales del aspirante, su capacidad para relacionarse con el público, su comportamiento social, etc.'*[21]*"*[22]. Sin embargo, así exista un elemento subjetivo en la evaluación, la finalidad del concurso es "desterrar la arbitrariedad"[23]

De igual forma ha indicado que la selección objetiva para acceder a los cargos públicos, conlleva una consecuencia adicional, y es que, una vez terminado dicho proceso y se han establecido los resultados de cada aspirante en cada una de las pruebas y ponderado los factores objetivos y subjetivos requeridos para

ocupar el respectivo cargo, se nombre al participante más idóneo y capacitado, es decir, aquel que ocupó el primer lugar.

7.3. Para la Corte Constitucional, frustrar el derecho legítimo que tienen las personas seleccionadas en los procesos de concurso de méritos a ser nombradas en los cargos para los cuales concursaron, conlleva una violación de sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo.

En palabras de la Corporación:

> "*la Corte mediante la sentencia SU-133 de 1998, sostuvo que se quebranta el derecho al debido proceso –que, según el artículo 29 de la Constitución obliga en todas las actuaciones administrativas- y se infiere un perjuicio cuando el nominador cambia las reglas de juego aplicables al concurso y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Así mismo, se lesiona el derecho al trabajo cuando una persona es privada del acceso a un empleo o función pública a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que, si cumplía con ciertas condiciones –ganar el concurso-, sería escogida para el efecto. En idéntica línea se conculca el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, cuando se otorga trato preferente y probadamente injustificado a quien se elige sin merecerlo, y trato peyorativo a quien es rechazado no obstante el mérito demostrado."*[6]

En esa misma medida, precisó la Corte que tal curso de acción también *"equivaldría a vulnerar el principio de la buena fe –Artículo 83 de la Carta- al defraudar la confianza de quien se sometió a las reglas establecidas para acceder a un cargo de carrera administrativa después de haber superado todas las pruebas necesarias para determinar que él había ocupado el primer lugar y, por contera, los derechos adquiridos en los términos del artículo 58 Superior"*[7].

---

[6] Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).
[7] Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

7.4. La jurisprudencia constitucional, en sentencia SU-913 de 2009, también ha aclarado que las listas de elegibles que se encuentran en firme son inmodificables, en virtud del principio constitucional de buena fe y de la confianza legítima que ampara a quienes participan en estos procesos[8].

En desarrollo de esta postura, la Corte Constitucional en sentencia SU-913 de 2009, explicó que los actos administrativos que establecen las listas de elegibles, una vez en firme, crean derechos subjetivos de carácter particular y concreto que no pueden ser desconocidos por la Administración:

> *"Cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una de las personas que la conforman.*
>
> *… (…)*
>
> *Lo cierto es que una vez en firme, el acto administrativo que contiene la lista de elegibles no puede ser modificado en sede Administrativa, sin perjuicio de la posible impugnación que se surta en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria. Por ello, cuando el nominador designa para desempeñar un cargo de carrera a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desplazando a quien la antecede por haber obtenido el mejor puntaje, lesiona sin lugar a dudas*

[8] Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

derechos fundamentales, entre ellos, el de igualdad, el derecho al trabajo y el debido proceso. Como también se lesionan los derechos fundamentales de quienes ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles cuando se reconforman dichas listas sin existir justo título que así lo autorice"[9].

7.5. En el presente caso, está en discusión el alcance del numeral 4, del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, que reza:

"ARTÍCULO 6o. *El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:*

"Artículo 31. El Proceso de Selección comprende:

1. (...)

2. (...)

3. (...)

4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.

8. HECHOS PROBADOS:

Del estudio de los medios de convicción aportados al proceso, y sin discusión por las entidades accionadas, está debidamente probado:

[9] Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

8.1. Que la accionante participó en el concurso méritos denominado Convocatoria N 433 de 2016 en el ICBF y que hace parte del registro de elegibles quedando en quinto lugar para proveer cuatro (4) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC N° 38826 denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF", según se verifica en la Resolución N° CNSC - 2018202064285 del 22 de junio de 2018.

La vigencia de la lista de elegibles es de 2 años, por lo tanto, fenece el 22 de junio de 2020

8.2. El 1 ° de agosto de 2019 la CNSC aprobó y expidió el "Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019", en el que concluyó:

> "*En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón cobijados por la ley ampliamente mencionada."*

8.3. En razón a la expedición del Decreto 1479 de 2017, "*Por medio del cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Cecilia de la Fuente de Lleras, y se dictan otras disposiciones.*", se crearon varios cargos a nivel nacional, incluido el cargo para el que concursó la accionante.

8.4. Está debidamente probado que la CNSC mediante resolución Nro. 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, revocó el artículo 4º de de la resolución que contiene la lista de elegibles de la mencionada convocatoria 433 de

2016, con el argumento que el Decreto 1894 del 11 de septiembre de 2012, compilado en el Decreto 1083 de 2015, norma vigente al momento de expedir el Acuerdo de Convocatoria, al establecer que "si agotados dichos órdenes no fuere posible la provisión del empleo, deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad".

CONCLUSIONES:

1. Lo primero, está debidamente probado la demandante tiene un derecho subjetivo actual, por encontrarse en la lista de elegibles vigente para el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF", pues así se probó y las partes accionadas no se opusieron a este hecho.

2. En segundo lugar, la Sala estima, el derecho de la actora al nombramiento en uno de los cargos vacantes que existen en la actualidad y fruto de la ampliación de la planta de personal de la entidad accionada ICBF, encuentra pleno respaldo en el numeral 4, del artículo 6º, de la Ley 1960 de 2019, al regular expresamente que con las listas de elegibles conformadas por la CNSC, o la empleadora, "*Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.*"

Según el tenor literal de esta normativa, salta a la vista que la actora tiene derecho al nombramiento en una de las nuevas vacantes creadas con ocasión de la ampliación de la planta de personal, que corresponden al mismo cargo para el cual concursó y está de primera en la lista.

3. Así las cosas, si bien la CNSC revocó el numeral 4 de la resolución que contiene la lista de elegibles, por la ausencia de vacantes en el cargo para el cual concursó, dentro de la convocatoria 433 de 2016, lo cierto es, con la expedición del numeral 4 del artículo 6, de la Ley 1960 de 2019, se revivió la posibilidad de postularse a las vacantes que actualmente existen, por razón de la creación de nuevos cargos en la planta de personal del ICBF, por medio del Decreto 1479 de 2017, concretamente en los municipios de Popayán y Santander de Quilichao, del departamento del Cauca, por cuanto, con la ley 1960 de 2019, se derogó de manera tacita lo previsto en el Decreto 1894 de 2012, y surge el derecho a la actora para postularse en los nuevos cargos creados en la entidad accionada ICBF.

Además, esta Ley 1960 de 2019 es de aplicación inmediata, y el concepto dado por la CNSC está en total contravía del tenor literal del numeral 4 del artículo 6 en cita anterior, con mayor razón, en esta ley únicamente se restringe su aplicación para casos posteriores a su vigencia, conforme al parágrafo 1°, del artículo 1°, cuando se trata de los encargos, al prever que *"Lo dispuesto en este artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posterioridad a la vigencia de esta ley."*

Conforme a lo expuesto, esta Sala de Decisión confirma la sentencia de primera instancia que amparó los derechos fundamentales de la señora Ángela Cecilia Astudillo.

8.- DECISIÓN

De conformidad con lo expuesto, la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, actuando como Corporación Constitucional, administrando justicia en nombre de La República de Colombia, por autoridad de la ley y mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, el día veintiocho (28) de abril de dos mil diecinueve (2019), dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** instaurada por la señora **ÁNGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO** en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC Y EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF,** por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- **ORDÉNESE** a la Secretaría de la Sala notifique esta providencia a todos los interesados en la forma indicada en el Decreto 2591 de 1991.

TERCERO.- Oportunamente **REMÍTASE** el expediente de tutela ante La H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

Los Magistrados,

LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTES

CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA

Firma digitalizada válida para actos judiciales y administrativos

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado

Popayán-Cauca

República de Colombia
Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán

AUTO INTERLOCUTORIO No. 293

Popayán, cinco (5) de Mayo de dos mil veinte (2020).

Proceso	ACCION DE TUTELA
Accionante	ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO
Accionado	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC"
Radicado	No. 19001310500220 20-00072-00
Procedencia	Reparto
Instancia	Primera
Providencia	Aclaración Sentencia No.025 – 2020

ANTECEDENTES

1).- El 28 de abril de 2020 en la acción de tutela de la referencia se expidió la Sentencia No.025 – 2020.

2).- La notificación de la misma se efectúo vía correo electrónico a la accionante ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO el 30 de Abril de 2020

3).- El mismo 30 de Abril de 2020, la señora ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO**,** mediante escrito allegado vía correo electrónico, que fuera ratificado el lunes 4 de mayo de 2020, solicita se haga aclaración del ordinal tercero de la parte resolutiva del fallo de tutela, donde se hace referencia al cargo de Profesional Universitario Código 2028, Grado 17, pero que la designación correcta es Profesional Especializado Código 2028, Grado 17.

En atención a lo anterior, debe decir el Despacho que efectivamente le asiste la razón a la memorialista, por cuanto por error involuntario así se transcribió en el caso concreto de la sentencia y en la parte resolutiva numeral Tercero favorable a la señora ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO, de modo que al ser procedente la solicitud elevada, se actuará de conformidad.

Por lo anteriormente expuesto el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYAN, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: Aclarar la sentencia de Tutela No. 025, interpuesta en la acción constitucional interpuesta por ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC" en el sentido de indicar que para todos los efectos el cargo con Código OPEC N° 38826 su denominación correcta es PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, creado por el Decreto 1479 de 2017.

SEGUNDO: NOTIFICAR por el medio más idóneo a los interesados la decisión tomada, advirtiendo que contra esta providencia procede la impugnación dentro de los TRES (3) DÍAS siguientes a su notificación.

TERCERO: **REMITIR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión si esta providencia no fuere impugnada.

NOTIFÍQUESE

El Juez,

FLM

República de Colombia
Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán

AUTO INTERLOCUTORIO No. 293

Popayán, cinco (5) de Mayo de dos mil veinte (2020).

Proceso	ACCION DE TUTELA
Accionante	ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO
Accionado	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC"
Radicado	No. 19001310500220 20-00072-00
Procedencia	Reparto
Instancia	Primera
Providencia	Aclaración Sentencia No.025 – 2020

ANTECEDENTES

1).- El 28 de abril de 2020 en la acción de tutela de la referencia se expidió la Sentencia No.025 – 2020.

2).- La notificación de la misma se efectúo vía correo electrónico a la accionante ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO el 30 de Abril de 2020

3).- El mismo 30 de Abril de 2020, la señora ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO**,** mediante escrito allegado vía correo electrónico, que fuera ratificado el lunes 4 de mayo de 2020, solicita se haga aclaración del ordinal tercero de la parte resolutiva del fallo de tutela, donde se hace referencia al cargo de Profesional Universitario Código 2028, Grado 17, pero que la designación correcta es Profesional Especializado Código 2028, Grado 17.

En atención a lo anterior, debe decir el Despacho que efectivamente le asiste la razón a la memorialista, por cuanto por error involuntario así se transcribió en el caso concreto de la sentencia y en la parte resolutiva numeral Tercero favorable a la señora ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO, de modo que al ser procedente la solicitud elevada, se actuará de conformidad.

Por lo anteriormente expuesto el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYAN, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: Aclarar la sentencia de Tutela No. 025, interpuesta en la acción constitucional interpuesta por ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC" en el sentido de indicar que para todos los efectos el cargo con Código OPEC N° 38826 su denominación correcta es PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, creado por el Decreto 1479 de 2017.

SEGUNDO: NOTIFICAR por el medio más idóneo a los interesados la decisión tomada, advirtiendo que contra esta providencia procede la impugnación dentro de los TRES (3) DÍAS siguientes a su notificación.

TERCERO: **REMITIR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión si esta providencia no fuere impugnada.

NOTIFÍQUESE

El Juez,

FLM

Popayán, veintiocho (28) de Abril de dos mil veinte (2020)

Proceso	ACCION DE TUTELA
Accionante	ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO
Accionado	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC"
Radicado	No. 19001310500220200-00072-00
Procedencia	Reparto
Instancia	Primera
Providencia	Sentencia No.025 – 2020
Temas y subtemas	Derecho fundamental al debido proceso, igualdad, trabajo y al acceso a cargos públicos.
Decisión	Declara procedente, concede tutela.

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se resuelve la acción de tutela propuesta por la Señora ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO, identificada con cédula de ciudadanía Nº 48601091 expedida en Popayán (Cauca), en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC", siendo vinculados en calidad de terceros interesados los aspirantes inscritos en la lista de elegibles de la Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF, para el CONCURSO DE MERITOS con Código OPEC No. 38826, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.

II. ANTECEDENTES

La citada accionante, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, actuando a nombre propio instauró la referida acción constitucional en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC", al considerar vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y al acceso a cargos públicos.

Los hechos relevantes en los que fundamenta el deprecado amparo constitucional se sintetizan así:

Que mediante Acuerdo No 20161000001 del 05 de septiembre de 2016 la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante CNSC) convocó a concurso abierto de

Palacio Nacional Francisco de Paula Santander – Primer Piso Popayán – Cauca
Calle 3 # 3-31 Of 115 a 117 Telefax 8244717 – mail: j02lapayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF); que en su momento la accionante se inscribió para optar por una de las cuatro (04) vacantes del empleo, identificado con el código OPEC No 38826, denominado Profesional Especializado Código No 2028, Grado 17.

Que la CNSC mediante Resolución No 20182020064285 del 22 de junio de 2018 conformó la lista de elegibles, quedando en el quinto lugar. Refiere que dicha resolución quedo en firme el 10 de julio de 2018, con vigencia de 2 años, conforme el artículo 64 del Acuerdo 20161000001376 de 2016.

Que mediante Resolución No 9544 del 26 de julio de 2018 el ICBF nombró en periodo de prueba a quienes habían quedado en los primeros cuatro lugares de la lista de elegibles.

Que el 22 de noviembre de 2018 la CNSC expidió la Resolución No CNSC 20182230156785 que revoca el artículo 4 de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la convocatoria No 443 de 2016 y que señalaban:

> *"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 la vigencia en los mismos empleos convocados.".*

Que lo anterior impidió que el ICBF pudiese usar la lista de elegibles contenida en la resolución No 20182020064285 del 22 de junio de 2018 en la cual se encontraba en turno de opción, ante el nombramiento de quienes ocuparon los primeros cuatro lugares.

Que el Gobierno Nacional expidió el decreto 1479 de 2017 *"Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del ICBF ",* creando 591 cargos de carácter permanente cuya denominación es de Profesional Especializado Código 2028, Grado 17, igual al que optó en la convocatoria 433 de 2016; dice que el acto administrativo determinó que dichos cargos debían proveerse siguiendo el procedimiento establecido en la ley 909 de 2004.

Que el 27 de junio de 2019 se expidió la Ley 1960 que modificó la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998, cuyo artículo 6 establece: "El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: *"con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes definitivas de cargos equivalente no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad'.*

Que el 1° de agosto de 2019 la CNSC aprobó y expidió "*Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019*", adoptando la siguiente postura:

> *"Las listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la Ley 1960, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria.*
>
> *De otra parte, los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la ley 1960 de 2019, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas las reglas previstas para las listas de elegibles.*
>
> *En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada.".*

Que para su caso refiere que las señoras BELSY LUCÍA SÁNCHEZ ORTÍZ, NELLY DEL CARMEN RUIZ MEJÍA, GLORIA PATRICIA VELASCO GÓMEZ Y DIANA MARCELA GUZMÁN DONCEL, fueron nombradas y posesionadas en los cargos ofertados en la OPEC 38826, por lo que sostiene ocupa actualmente el primer lugar en la Resolución No 20182020064285 del 22 de junio de 2018 que conformó la lista de elegibles; no obstante, como la CNSC revocó el artículo cuarto de cada una de las 1187 listas de elegibles expedidas con ocasión de la Convocatoria 433 de 2016, a la fecha no cuenta con posibilidad real de acceder a un cargo público ofertado por el ICBF en el citado concurso de méritos, dado que las únicas cuatro vacantes que se ofertaron en la OPEC 38826, Código 2028 Grado17, están ocupadas por las señoras antes mencionadas, y según la directriz arriba trascrita, dicha lista de elegibles de la que hace parte, no podrá ser tenida en cuenta ya que fue expedida por un proceso de selección que se adelantó con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019, pese a que el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019[1] precisa que dicha ley rige a partir de la fecha de su publicación, por lo que tanto el ICBF como la CNSC deben acatar lo preceptuado por ella, y proveer las vacantes creadas por el Decreto 1749 de 2017 con las listas de elegibles expedidas en razón de la Convocatoria 433 de 2016, que para el caso en concreto cuenta con vigencia hasta el 10 de julio de 2020.

Indica que antes de acudir a la presente acción constitucional solicitó mediante derechos de petición las garantías de sus derechos fundamentales y la viabilidad del nombramiento y posesión al cargo que optó dentro de la Convocatoria 433 de 2016, sin que las respuestas garanticen un debido proceso.

Menciona que en la respuesta a la petición del 17 de marzo del presente año, en el punto dos, el ICBF pone de manifiesto que en la Regional Cauca existen dos vacantes definitivas provistas en provisionalidad; una en la ciudad de Popayán y otras en el Municipio de Santander de Quilichao. Precisa que la respuesta fue en los siguientes términos:

"2. solicito conocer los cargos de profesional especializado perfil psicología que se encuentran vacantes en los diferentes centros Zonales y demás dependencias del ICSF de la ciudad de Popayán Cauca".

[1] Artículo 7. La presente ley rige a partir de su publicación (27 de junio de 2019), modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto ley 433 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.

Además, hace una relación de todas las vacantes definitivas del empleo Profesional Especializado -- Perfil Psicología, (provistas en encargo, nombramiento provisional-sin proveer- vacantes desiertas) con fas que cuenta el Instituto en la Regional Cauca,

CARGO	CÓDIGO	GRADO	REGIONAL	MUNICIPIO	DEPENDENCIA	PERFIL OPEC	ROL (SEGÚN MANUAL DE FUNCIONES)	ESTADO PROVISIÓN	RETEN SOCIAL
PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2018	17	CAUCA	POPAYÁN	C.Z POPAYÁN	02 PSICOLOGÍA	CZ ROL PSICOLOGIA	PROVISIONALIDAD	
PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2018	17	CAUCA	SANTANDER DE QUILICHAO	CZ NORTE	02 PSICOLOGÍA	CZ ROL PSICOLOGIA	PROVISIONALIDAD	PREPENSIONADO

Finalmente indica que, el ICBF ha proyectado una respuesta similar para todas las personas que de una u otra manera solicitaron información respecto a la aplicación de la lista de elegibles, determinando que existen una etapas administrativas y financieras que se deben agotar por la entidad y otras tantas por parte de la CNSC (no determinando tiempos para su aplicación), de igual manera, no tiene en cuenta que las listas de elegibles quedaron en firme en el año 2018, para el caso en concreto el 10 de julio de 2018, expresa no tener ninguna garantía por parte de las entidades accionadas frente al debido proceso, es más, considera que las posibles acciones que adelantan estarán por fuera de la vigencia de la lista de elegibles, en la cual ocupa el primer lugar una vez vinculadas las personas que ocuparon las vacantes ofertadas y en esa medida no hay igualdad de trato, ya que de esta forma se le vulneran los derechos al trabajo y al acceso a un cargo público.

PRETENSIONES

Solicita la protección de los derechos al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso cargos públicos, y en consecuencia, se ORDENE a la CNSC y al ICBF que en el término de 48 horas siguientes al fallo de tutela, realicen los trámites administrativos pertinentes para que se dé cumplimiento a lo ordenado en los arts. 6° y 7° de la ley 1960 de 2019 y por tanto se autorice y use la lista de elegibles contenida en la Resolución No 20182020064285 del 22 de junio de 2018 para proveer una de las 591 vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017, y evitar un perjuicio irremediable.

III. RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS y VINCULADAS

La **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC",** mediante escrito suscrito por el Dr. CARLOS FERNANDO LOPEZ PASTRANA, en calidad de Asesor Jurídico, allegó vía correo electrónico al Despacho el 20 de abril de 2020, se pronunció sobre los hechos así:

Que la acción de tutela es improcedente por cuanto esta no es la vía para reclamar este tipo de derechos, por cuanto tiene otra vía judicial, a través de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho.

Que es cierto lo referente al concurso de méritos del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, mediante convocatoria 433 de 2016.

Que respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 es necesario advertir que la misma tiene vigencia desde su publicación esto es, desde el 27 de junio de 2019, no tiene efectos retroactivos y su aplicación se hará para convocatorias posteriores a su entrada en vigencia.

Finalmente, solicita se declare la improcedencia de la tutela, y la desvinculación de la acción, por cuanto la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC", carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que si bien es cierto esa entidad adelantó el proceso de concurso para proveer los empleos vacantes en la planta de personal del ICBF, también lo es que no tiene ninguna competencia respecto de la administración de la planta de personal del ICBF, pues la facultad para nombrar y retirar servidores públicos se encuentra en cabeza del Representante legal de la entidad en este caso, la Directora del ICBF.

El **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF",** mediante escrito suscrito por el Dr. Edgar LEONARDO BOJACA CASTRO, en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, allegó vía correo electrónico al Despacho el 24 de abril de 2020, sobre los hechos se manifestó así:

Que no ha incurrido en ninguna conducta violatoria de la ley o derechos fundamentales de la accionante, pues su actuación se ha ceñido a la normatividad y jurisprudencia vigente.

Sobre las peticiones de la actora asegura que se han respondido de fondo y en forma oportuna.

Señala que de conformidad con las normas vigentes el ICBF realizó los nombramientos en período de prueba de las personas que en mérito ganaron el concurso, por lo cual estas personas ya tienen derechos de carrera por haber superado los seis (6) meses de periodo de prueba.

Que teniendo en cuenta lo anterior el proceso para proveer las vacantes de la convocatoria 433 de 2016 para el empleo Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 OPEC (38826) en el que participó la accionante ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO, ya se surtió con el nombramiento y posesión de los participantes que ocuparon los 4 primeros lugares.

Aporta listado de todos los cargos vacantes en forma definitiva nivel nacional, correspondientes a profesional especializado en PSICOLOGÍA código 2038, grado 17, que en total suman 59, explica que para el Departamento del Cauca, en este momento hay 2 vacantes en los siguientes municipios:

MUNICIPIO	**DEPENDENCIA**	**PERFI LOPEC**	**ROL (SEGÚN MANUAL DE FUNCIONES)**	**ESTADO PROVISIÓN**	**RETEN SOCIAL**
POPAYÁN	C.Z POPAYÁN	02 PSICOLOGÍA	CZ ROL PSICOLOGIA	PROVISIONALIDAD	
SANTANDER DE QUILICHAO	CZ NORTE	02 PSICOLOGÍA	CZ ROL PSICOLOGIA	PROVISIONALIDAD	PREPENSIONADO

Que de conformidad con el artículo 31 de la ley 909 de 2004, el decreto 1894 de 2012 y la jurisprudencia constitucional (SU-446 de 2011), las listas de elegibles solo pueden usarse para proveer cargos ofertados al momento de la respectiva convocatoria y por tal razón, resulta improcedente acceder a sus pretensiones para

que a partir del uso de la lista de elegibles en la que se encuentra, sea nombrada en una vacante distinta a la ofertada bajo el número OPEC 39958.

Que la ley 1960 de 2019, no es aplicable en el presente caso, como quiera que rige a futuro y por ende, no puede cobijar los acuerdos de convocatoria aprobados antes de su entrada en vigencia, esto es, antes del 27 de junio de 2019, más aún cuando la lista de elegibles en la que se encontraba la accionante (Resolución N° CNSC 20182230040835 del 26 de abril de 2018) cobró firmeza el 9 de junio de 2018.

Que tampoco le es aplicable la Sentencia de segunda instancia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca del 18 de noviembre de 2019, accionante Jessica Lorena Reyes Contreras, radicado 76001333302120190023401, , que tiene solo efectos *inter comunis* para la lista de elegibles de la OPEC 39958, Cargo Profesional Universitario, código 2044 grado 8.

Pretende se vincule al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, porque es ante el que se hace la solicitud de certificado de disponibilidad presupuestal (CDP), para el pago de la solicitud de lista de elegibles.

Solicita se declare la improcedencia de la tutela, y la desvinculación de la acción, por no cumplir los requisitos de: (i) trascendencia iusfundamental del asunto; (ii) subsidiariedad y perjuicio irremediable.

Y subsidiariamente que sea NEGADA, al no advertirse violación de derechos fundamentales por parte del ICBF,

De los terceros interesados de la lista de legibles inscritos en la Resolución No 20182020064285 del 22 de junio de 2018, de la *Convocatoria No 433 de 2016 - ICBF",* para *el Código OPEC No 38826, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17,* ninguno intervino en este asunto*.*

IV. PRUEBAS OBRANTES EN EL EXPEDIENTE

Con la acción de tutela fueron aportados los documentos que se relacionan a continuación:

PARTE ACCIONANTE:

1. Copia del fallo de tutela de segunda instancia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca del 18 de noviembre de 2019, accionante Jessica Lorena Reyes Contreras, radicado 76001333302120190023401.

2. Copia de la petición presentada ante la Dirección de Gestión Humana del ICBF el día 17 de marzo del 2020.

3. Copia de la respuesta dada al derecho de petición presentado el día 17 de marzo de 2017.

4. Copia de respuesta dada al derecho de petición con radicado No 202012100000057801 del 03 de marzo del 2020.

5. Copia de la Resolución 9544 del 26 de julio de 2018 "Por medio de la cual se termina unos nombramientos provisionales y se hace un nombramiento en periodo de prueba"

6. Copia de la Resolución No. CNSC-2018202064285 del 22 de junio de 2018 "Por medio de la cual se conforma la lista de elegibles para proveer cuatro (4) vacantes del empleo con el Código OPEC No 38826, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17. Del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No 433 de 2016.

7. Copia del Acuerdo No CNSC — 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016 "Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No 433 de 2016 — ICBF."

8. Copia del Criterio Unificado de la CNSC "Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019"

9. Copia del Decreto Número 1479 del 2017 "Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras" y se dictan otras disposiciones."

10. Copia de Capturas de pantalla del empleo ofertado en el aplicativo Sistema de Apoyo para la igualdad, el mérito y la Oportunidad SIMO.

11. Copia de la cédula de ciudadanía de la accionante.

PARTE ACCIONADA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC"

1. Resolución No. 4411 de 10 de marzo de 2020, que acredita la personería jurídica para intervenir en nombre de la CNSC.

2. Acuerdo No. CNSC — 20161000001376 de 2016 "Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente 2.470 empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF".

3. Reporte de inscripción de la accionante en la Convocatoria 433 de 2016 — ICBF.

4. Resolución No. CNSC - 20182020064285 del 22 de junio de 2018 «Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer cuatro (4) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 38826, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 — ICBF».

5. Solicitudes de inscripción en el Registro Público de Carrera Administrativa.

6. Resolución No. CNSC — 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 «Por la cual se revoca el artículo cuarto de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria 433 de 2016 — ICBF».

V. C O N S I D E RA C I O N E S

COMPETENCIA:

De conformidad a lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 1º numeral 1º del Decreto 1382 de 2000, éste Juzgado Laboral de Circuito es competente para conocer y decidir, en primera instancia, la presente acción de amparo Constitucional.

CAPACIDAD JURÍDICA:

La accionante es persona natural, mayor de edad, con plenas facultades para intervenir a nombre propio, en defensa de sus derechos fundamentales.

El INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL “CNSC”, son establecimientos Público del orden nacional representados por su Gerente, Director General o quien haga sus veces.

¿El INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL “CNSC” han vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y al acceso a cargos públicos de ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO, quién en su condición de integrante el registro de elegibles contenido en la Res. No 20182020064285 del 22 de junio de 2018, reclama sea nombrada en cualquiera de la vacantes creadas por el Decreto 1479 de 2017 ?.

Antes de resolver los problemas planteados, se hará referencia a los siguientes temas: (i) Naturaleza jurídica de la Acción de Tutela (ii) La acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de Concurso de méritos. (iii) Convocatoria como norma reguladora del concurso de méritos (iv) Derecho fundamental al acceso a la administración de funciones y ejercicio de cargos públicos, derecho a la igualdad y al debido proceso administrativo (v) caso concreto.

I. PROCEDENCIA DE LA PRESENTE ACCIÓN DE AMPARO:

NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION DE TUTELA

De acuerdo con el art. 86 de la Constitución Política, toda persona podrá acudir a la acción de tutela para reclamar la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, y procederá contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, o particulares según se trate, siempre que “*el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*.

Palacio Nacional Francisco de Paula Santander – Primer Piso Popayán – Cauca
Calle 3 # 3-31 Of 115 a 117 Telefax 8244717 – mail: j02lapayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

El art. 6 del Decreto 2591 de 1991, confirma la naturaleza residual de la acción de tutela y sus condiciones de procedencia, cuando existe un mecanismo ordinario de defensa, e indica que la eficacia de dichos recursos debe ser apreciada en concreto, "atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante".

La acción de tutela es un medio de defensa judicial subsidiario y residual, que se utiliza cuando el ordenamiento jurídico no cuenta con otros mecanismos de defensa o protección de los derechos o cuando existiendo, se acude a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

LA ACCION DE TUTELA PARA CONTROVERTIR ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS EN EL MARCO DE CONCURSOS DE MÉRITOS

Como se mencionó, la acción de tutela es un medio de defensa judicial subsidiario y residual, que se utiliza cuando el ordenamiento jurídico no cuenta con otros mecanismos de defensa o protección de los derechos o cuando existiendo, se acude a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La Corte Constitucional en sentencia T -090 de 2013, concluyó que la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal y definitivo, cuando en el marco de un concurso de méritos se surten actuaciones o se expiden actos administrativos que amenacen o vulneren derechos fundamentales, ante la existencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el que se puede solicitar como medida cautelar la suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional[2].

No obstante, la Jurisprudencia Constitucional, ha precisado dos subreglas por las que a pesar del carácter subsidiario de la acción de tutela, no impide su utilización, así:

(i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y

(ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.

Esta última subregla ha sido aplicada por la Corte cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no son nombrados en el cargo público para el que concursaron.

CONVOCATORIA COMO NORMA REGULADORA DEL CONCURSO DE MÉRITOS

[2] Sentencia T -090 de 2013. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

La convocatoria es "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 que son obligatorias para todos, entiéndase administración y administrados-concursantes.

Por tanto, como en ella se delinean los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento. La Corte Constitucional ha considerado, entonces, 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 autovinculación 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[3].

DERECHO A LA IGUALDAD y AL ACCESO Y EJERCICIO DE CARGOS PUBLICOS

La constitución política de Colombia, en el artículo 40 de la Constitución Política reza que "*Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede*:

(…)

7. *Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.*

Por su parte, el artículo 13 establece que "*Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan"*.

En el marco de un concurso de méritos, el derecho a la igualdad adquiere una connotación especial. Concretamente, según lo previsto por el artículo 40 Superior, todo ciudadano tiene derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, de manera que debe garantizarse que quienes participan en un concurso tengan las mismas oportunidades para acceder al cargo ofertado. Solo de esta manera se puede asegurar la transparencia que debe regir en este tipo de procesos

[3] Sentencia SU - 446 del 26 de 2011. M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

y cumplir con su objetivo, es decir, que se elija a la persona que se encuentre mejor capacitada para desempeñar el cargo[4].

DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

El debido proceso del artículo 29 de la Constitución Política, se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

La Corte señaló que el debido proceso administrativo ha sido definido jurisprudencialmente como: *"(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal.* Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca *"(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados"*[5].

II. DEL CASO CONCRETO

La señora ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO interpone acción de tutela en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF" y de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC" a fin de que se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso cargos públicos, y en consecuencia se ordene a las accionadas realizar los trámites administrativos que den cumplimiento a los arts. 6° y 7° de la ley 1960 de 2019 para que de conformidad con el registro de elegibles contenido en la Resolución No 20182020064285 del 22 de junio de 2018, en el que afirma ocupa actualmente el primer lugar, se provea y sea nombrada en el cargo Código OPEC N° 38826 denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa, con ocasión de las 591 vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017.

En esta acción constitucional se encuentra probado: **1)** Que la accionante participó en el concurso méritos denominado Convocatoria N 433 de 2016 en el ICBF. Que luego de superar las diferentes etapas, hace parte del registro de elegibles quedando en quinto lugar para proveer cuatro (4) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC N° 38826 denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF", según se verifica en la Resolución N° CNSC - 2018202064285 del 22 de junio de 2018, 2018; **2)** Que el ICBF procedió al nombramiento y posesión de las personas que estaban en los 4 primeros lugares de la lista de elegibles, en estricto orden de mérito; **3)** Que la

[4] Sentencia T-227 de 2019, M.P Carlos Bernal Pulido.
[5] Sentencia T-051 de 2016. M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

vigencia de este registro es de 2 años; **4)** Que en razón a la expedición del Decreto 1479 de 2017, "*Por medio del cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Cecilia de la Fuente de Lleras, y se dictan otras disposiciones.*", se crearon varias vacantes a nivel nacional respecto del cargo para el que concurso la accionante.

Tampoco es objeto de discusión que la CNSC revocó el artículo cuarto de la resolución N° CNSC - 20182230156785 del 22 de Noviembre de 2018 que permitía que la accionante pudiera acceder a uno de los cargos nuevos creados.

Al contestar la tutela, una de las accionadas esgrime que la ley 1960 de 2019, no es aplicable en el presente caso, como quiera que rige a futuro y por ende, no puede cobijar los acuerdos de convocatoria aprobados antes de su entrada en vigencia el 27 de junio de 2019, resaltando que la lista de elegibles en la que se encuentra la accionante contenida en la Res. N° CNSC 20182230040835 del 26 de abril de 2018 cobró firmeza el 9 de junio de 2018.

Tanto el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF" y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC", solicitan además se declare la improcedencia de la acción por cuanto no han desconocido derecho fundamental alguno a la accionante, sin que sea el medio idóneo para resolver este tipo de asuntos.

Además de la procedencia de este mecanismo constitucional, pese a la existencia de otro mecanismo judicial ante la seria posibilidad de que se configure un perjuicio irremediable para la tutelante dado el vencimiento próximo del registro elegibles que le impediría acceder al empleo público, encuentra esta instancia que el argumento expuesto por las tuteladas, respecto a la imposibilidad jurídica de que se utilice el registro de elegibles en el que se encuentra la actora para cubrir las vacantes creadas, que incluye el cargo para el que concurso, bajo la premisa de que es anterior a la vigencia de la ley 1960 de 2019, impone una restricción que no se desprende de su art. 6, destacando que para el 27 de junio de 2019, el referido registro se encontraba vigente dada su vigencia de 2 años. En este contexto resulta extraño argüir una aplicación retroactiva de la norma que impide, sin razón, el derecho de la accionante a acceder al empleo publico por el sistema de mérito que tiene rango constitucional (art. 125), desconociéndose de paso el principio de favorabilidad en términos del art. 53 superior. El art. 6 de la ley 1960 de 2019 en su aparte pertinente es del siguiente tenor:

> "4. *Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad".*

De su lectura no se desprende la interpretación restrictiva que hace la entidad, pues la norma claramente prevé que la lista de elegibles y en estricto orden de mérito

cubrirá las vacantes para las que se efectuó el concurso y "***las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad"*.** En este evento es indudable de que se trata de una vacante definitiva de un cargo para el que concurso la accionante, aspecto que no es objeto de discusión, surgida con posterioridad a la convocatoria, sin que la norma haga alusión a que solo aplica para aquellos registros de elegibles posteriores a su vigencia. Una tesis distinta implica un abierto desconocimiento del debido proceso.

Es de recordar que el registro de elegibles como acto administrativo por objeto establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración.

Es de aclarar que si bien existe una orden de tutela con efectos inter comunis proferida el 18 de noviembre de 2019 por el H. Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en acción de tutela interpuesta en contra de las entidades accionadas, la misma solo amparó el derecho de aquellos integrantes que hacían parte del registro de elegibles contenido en la Res. CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018, que es distinto al que se ubica la accionante, por lo que sus efectos no le son extensivos.

Por lo anterior, se tutelarán los derechos fundamentales de la accionante cuya protección invoca y por tanto se ordenará a la CNSC que **(i)** dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes de notificada esta decisión, oferte los cargos de Profesional Universitario Código 2028, Grado 17 creados mediante el decreto 1479 de 2017 para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y respecto del registro de elegibles contenido en la Res. No. CNSC- 20182020064285 del 22 de junio de 2018, sin que pueda exceder un mes calendario. (ii) elabore la lista de elegibles dentro de los quince (15) días siguientes al vencimiento para optar y una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los cinco (5) días siguientes al ICBF que deberá nombrar a la aspirantes dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo de las listas, observando en todo caso el estricto orden de mérito.

En relación con la petición de vinculación del Ministerio de Hacienda y crédito público, el despacho se abstendrá de acceder a esta, por cuanto se configura la falta de legitimación por pasiva, debido a que no tiene ninguna responsabilidad, en las diferentes etapas del concurso público y abierto de Méritos objeto del presente, ni ha violado derecho fundamental alguno a la accionante.

III. DECISION

En virtud de lo anterior, el **JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, CAUCA,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROCEDENTE la presente acción de tutela presentada por la señora **ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO** que se identifica con cédula de ciudadanía No. 48601091 expedida en Popayán (Cauca), contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC".

SEGUNDO: TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la señora **ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO**.

TERCERO: ORDÉNASE a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC", que **(i)** dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes de notificada esta decisión, oferte los cargos de Profesional Universitario Código 2028, Grado 17 creados mediante el decreto 1479 de 2017 para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y respecto del registro de elegibles contenido en la Res. No. CNSC-20182020064285 del 22 de junio de 2018, sin que pueda exceder un mes calendario; **(ii)** elabore la lista de elegibles dentro de los quince (15) días siguientes al vencimiento para optar y una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los cinco (5) días siguientes al ICBF que deberá nombrar a la aspirante dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo de las listas, observando en todo caso el estricto orden de mérito.

CUARTO: ABSTENERSE de vincular al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: NOTIFÍQUESE a las partes la presente decisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 5 del Decreto 306 de 1.992.

SEXTO: REMITIR a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EL JUEZ

FLM

Palacio Nacional Francisco de Paula Santander – Primer Piso Popayán – Cauca
Calle 3 # 3-31 Of 115 a 117 Telefax 8244717 – mail: j02lapayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

AUTO INTERLOCUTORIO No. 285
Popayán, quince (15) de Abril de dos mil veinte (2020).

REF: ACCIÓN DE TUTELA
DTE: ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO
DDO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC"
RAD. 19001310500220200007200

La señora ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO, que se identifica con cédula de ciudadanía No. 48.601.091, ha instaurado Acción de Tutela en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC", al considerar vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y al acceso a cargos públicos.

Siendo competente el Despacho para asumir el conocimiento de la acción constitucional impetrada, se procederá a admitir la misma.

Por lo expuesto, el Juzgado, **RESUELVE:**

PRIMERO: ADMITIR la acción de tutela presentada por ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO, que se identifica con cédula de ciudadanía No. 48.601.091, contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC", por lo tanto, al asunto se le imprimirá el trámite previsto por la Ley.

SEGUNDO: CORRER TRASLADO a las Entidades accionadas, suministrar copia del respectivo líbelo, para que en el improrrogable término de TRES (3) DÍAS, contados a partir de la notificación del presente proveído, remitan a este Despacho pronunciamiento detallado sobre los hechos materia de la precitada tutela y ejerzan en consecuencia su derecho de contradicción y defensa frente al escrito introductorio.

Así mismo, se servirán aportar copia de todos los trámites realizados en cada una de las etapas de la Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF, para el CONCURSO DE MERITOS con Código OPEC No. 38826, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.

TERCERO: VINCULAR en calidad de terceros con interés jurídico legítimo de conformidad con el artículo 13 del Decreto Ley 2591de 1991, a los aspirantes inscritos en la lista de elegibles de la Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF, para el CONCURSO DE MERITOS con Código OPEC No. 38826, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, para que si lo consideran pertinente en el término de dos (2) días contados a partir de la fecha de su recibo puedan intervenir en la actuación, por cuanto existe la posibilidad que la decisión que aquí se tome los afecte. Para lo cual se ordena al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC" que a través de sus páginas web y/o el medio a través del cual se hubiere comunicado el mencionado concurso, pongan en conocimiento la presente admisión de la acción de tutela, así como el escrito de la acción constitucional, se remita a los correos electrónicos de los aspirantes que se encuentran en la lista de elegibles, para que puedan ejercer su derecho de defensa y contradicción. Para lo cual se les concede el término de un (1) día siguiente al recibo

del oficio que por Secretaria se librará, para que hagan las publicaciones y comunicaciones respectivas, remitiendo a este Despacho las constancias de dichos actos.

CUARTO: TENER como pruebas para la resolución de la presente acción, los documentos aportados con el escrito de tutela y las que se alleguen dentro del trámite de la Acción.

QUINTO: TRAMITAR la presente acción de tutela, conforme a los lineamientos contemplados por el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 306 de 1992.

SEXTO: **NOTIFICAR** por Secretaría, por el medio más expedito y eficaz a los intervinientes dentro de la presente decisión.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

EL JUEZ,

GUSTAVO ADOLFO PAZOS MARIN

FLM

Palacio Nacional Francisco de Paula Santander – Primer Piso Popayán – Cauca
Calle 3 # 3-31 Of 115 a 117 Telefax 8244717 – mail: j02lapayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Señores:
JUZGADO DE REPARTO
Popayán Cauca
E. S. D.

Popayán, abril 14 de 2020

REF.: ACCIÓN DE TUTELA
Accionante: **ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO**
Accionados: **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, Y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**

ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO, mayor y vecina de Popayán, identificada con la cédula de ciudadanía número 48.601.091, actuando nombre propio en ejercicio del artículo 86 de la Constitución Política, y de conformidad con los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1386 de 2000 interpongo ante su despacho la presente Acción de Tutela, con el fin de que se protejan mis derechos fundamentales como son el debido proceso, igualdad, trabajo y el acceso a cargos públicos. Para fundamentar esta acción constitucional me he apoyado en el cuerpo del fallo de tutela de segunda instancia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca con radicado No 20190023401, por considerar que se presentan similares condiciones fácticas y se propende por la garantía de iguales derechos fundamentales, en esa medida me permito relacionar los siguientes:

I. HECHOS

1. Mediante acuerdo No 20161000001 del 05 de septiembre de 2016 la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante CNSC) convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF), en su momento me inscribí para optar por una de las cuatro (04) vacantes del empleo identificado con el código OPEC No 38826, denominado Profesional Especializado Código No 2028, Grado 17.

2. La CNSC mediante Resolución No 20182020064285 del 22 de junio de 2018 conformó la lista de elegibles, quedando la suscrita en el quinto lugar. Dicha resolución quedo en firma el día 10 de julio de 2018 y conforme el artículo 64 del Acuerdo 20161000001376 de 2016 tiene una vigencia de dos años.

3. Mediante Resolución No 9544 del 26 de julio de 2018 el ICBF nombró en periodo de prueba a quienes habían quedado en los primeros cuatro lugares de la lista de elegibles.

4. El 22 de noviembre de 2018 la CNSC expidió la Resolución No CNSC – 20182230156785 que revoca el artículo 4 de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la convocatoria No 443 de 2016 que señalaban:

   "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 la vigencia en los mismos empleos convocados."

5. Lo anterior impidió que el ICBF pudiese usar la lista de elegibles contenida en la resolución No 20182020064285 del 22 de junio de 2018 en la cual me encontraba en turno de opción ante el nombramiento de quienes ocuparon los primeros cuatro lugares.

6. De otro lado, el Gobierno Nacional expidió el decreto 1479 de 2017 "*Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del ICBF*", creando quinientos noventa y uno (591) cargos de carácter permanente cuya denominación era de Profesional Especializado Código 2028, Grado 17 iguales a los que opte en la convocatoria 433 de 2016; además el acto administrativo determinó que dichos cargos debían proveerse siguiendo el procedimiento establecido en la ley 909 de 2004.

7. El 27 de junio de 2019 se expidió la Ley 1960 que modificó la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998 cuyo artículo 6 establece: "El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "*Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes definitivas de cargos equivalente no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad*".

8. El 1° de agosto de 2019 la CNSC aprobó y expidió "Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019", donde adoptó:

   "Las listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de

junio de 2019, fecha de promulgación de la Ley 1960, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria.

De otra parte, los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la ley 1960 d 2019, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas las reglas previstas para las listas de elegibles.

En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada."

9. Para mi caso, las señoras Belsy Lucia Sánchez Ortiz, Nelly del Carmen Ruiz Mejía, Gloria Patricia Velasco Gómez y Diana Marcela Guzmán Doncel, las cuatro personas primeras en la lista, fueron nombradas y posesionadas en los cargos ofertados en la OPEC 38826, por mi parte pase a ocupar el primer lugar de la Resolución No 20182020064285 del 22 de junio de 2018 conformó la lista de elegibles, no obstante, como la CNSC revocó el artículo cuarto de cada una de las 1187 listas de elegibles expedidas con ocasión de la Convocatoria 433 de 2016, a la fecha no cuento con posibilidad real de acceder a un cargo público ofertado por el ICBF en el citado concurso de méritos, dado que las únicas cuatro vacantes que se ofertaron en la OPEC 38826, Código 2028 Grado17, están ocupadas por las señoras antes mencionadas, y según la directriz arriba transcrita, dicha lista de elegibles de la que hago parte no podrá ser tenida en cuenta ya que fue expedida por un proceso de selección que se adelantó con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019, pese a que el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019[1] precisa que dicha ley rige a partir de la fecha de su publicación, por lo que tanto el ICBF como la CNSC deben acatar lo preceptuado por ella, y proveer las vacantes creadas por el Decreto 1749 de 2017 con las listas de elegibles expedidas en razón de la Convocatoria 433 de 2016, que para el caso en concreto cuenta con vigencia hasta el 10 de julio de 2020.

10. Antes de acudir a la presente acción constitucional he solicitado a través de derechos de petición a las partes accionadas, las garantías de mis derechos fundamentales y la viabilidad del nombramiento y posesión al cargo que opte dentro de la Convocatoria 433 de 2016. Sin que las respuestas dadas garanticen un debido proceso.

---

[1] Artículo 7°. La presente ley rige a partir de su publicacion (27 de junio de 2019), modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.

11. En la respuesta dada a la petición realizada el día 17 de marzo del año corrientes, en el punto dos, el ICBF pone de manifiesto que en la Regional Cauca existen dos vacantes definitivas provistas en provisionalidad una en la ciudad de Popayán y otras en el Municipio de Santander de Quilichao, la respuesta se dio en los siguientes términos:

...

"2. ***solicito conocer los cargos de profesional especializado perfil psicología que se encuentran vacantes en los diferentes centros Zonales y demás dependencias del ICBF de la ciudad de Popayán Cauca".***

A continuación, se relacionan todas las vacantes definitivas del empleo Profesional Especializado – Perfil Psicología, (provistas en encargo, nombramiento provisional- sin proveer- vacantes desiertas) con las que cuenta el Instituto en la Regional Cauca,

CARGO	CODIGO	GRADO	REGIONAL	MUNICIPIO	DEPENDENCIA	PERFIL OPEC	ROL (SEGÚN MANUAL DE FUNCIONES)	ESTADO PROVISION	RETEN SOCIAL
PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	CAUCA	POPAYAN	C.Z. POPAYAN	02. PSICOLOGIA	C.Z. - ROL: PSICOLOGIA	PROVISIONALIDAD	
PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	CAUCA	SANTANDER DE QUILICHAO	C.Z. NORTE	02. PSICOLOGIA	C.Z. - ROL: PSICOLOGIA	PROVISIONALIDAD	PREPENSIONADO

...

12. Señor Juez, el ICBF ha proyectado una respuesta similar para todas las personas que de una u otra manera solicitamos información respecto a la aplicación de la lista de elegibles, determinando que existen una etapas administrativas y financieras que se deben agotar por la entidad y otras tantas por parte de la CNSC (no determinando tiempos para su aplicación), de igual manera, no tiene en cuenta que las listas de elegibles quedaron en firme en el año 2018, para el caso en concreto el 10 de julio de 2018. Es así como no tengo ninguna garantía por parte de las entidades accionadas frente al debido proceso, es más, considero que las posibles acciones que adelantan estarán por fuera de la vigencia de la lista de elegibles, en la cual ocupo el primer lugar una vez vinculadas las personas que ocuparon las vacantes ofertadas y en esa medida no hay igualdad de trato, se me vulnera el derecho al trabajo y al acceso a un cargo público para el cual he hecho los méritos suficientes.

II. DERECHOS VIOLADOS

Debido Proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos

III. PRETENSIONES

Con relación a los hechos narrados anteriormente, solicitó la protección de los derechos a Debido Proceso, igualdad, trabajo y acceso cargos públicos, en consecuencia, se ordene a la CNSC y al ICBF que en el término de 48 horas siguientes al fallo de tutela, realicen los trámites administrativos pertinentes para que se dé cumplimiento a lo ordenado en los artículos 6° y 7° de la ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles Resolución No 20182020064285 del 22 de junio de 2018 "Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer cuatro (4) vacantes del empleo con el Código OPEC No 38826, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17. Del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No 433 de 2016 - ICBF" para que me nombre y posesionen en una de las quinientas noventa y una vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017, y evitar un perjuicio irremediable.

IV. ELEMENTOS PROBATORIOS

Téngase como pruebas señor Juez las siguientes:

1. Copia del fallo de tutela de segunda instancia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca del 18 de noviembre de 2019, accionante Jessica Lorena Reyes Contreras, radicado 76001333302120190023401.

2. Copia de la petición presentada ante la Dirección de Gestión Humana del ICBF el día 17 de marzo del 2020.

3. Copia de la respuesta dada al derecho de petición presentado el día 17 de marzo de 2017.

4. Copia de respuesta dada al derecho de petición con radicado No 202012100000057801 del 03 de marzo del 2020.

5. Copia de la Resolución 9544 del 26 de julio de 2018 "Por medio de la cual se termina unos nombramientos provisionales y se hace un nombramiento en periodo de prueba"

6. Copia de la Resolución No. CNSC-2018202064285 del 22 de junio de 2018 "Por medio de la cual se conforma la lista de elegibles para proveer cuatro (4) vacantes del empleo con el Código OPEC No 38826, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17. Del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No 433 de 2016 - ICBF"

7. Copia del Acuerdo No CNSC – 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016 "Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No 433 de 2016 – ICBF."

8. Copia del Criterio Unificado de la CNSC "Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019"

9. Copia del Decreto Número 1479 del 2017 "Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras" y se dictan otras disposiciones."

10. Copia de Capturas de pantalla del empleo ofertado en el aplicativo Sistema de Apoyo para la igualdad, el mérito y la Oportunidad SIMO.

V. ANEXOS

- Copia de la cédula de ciudadanía

VI. JURAMENTO:

Bajo la gravedad del juramento me permito manifestarle que por los mismos hechos y derechos no he presentado acción de tutela ante ningún otro despacho judicial.

VII. NOTIFICACIÓN

A los accionados:

- ICBF en el correo electrónico Tutelas@icbf.gov.co
- CNSC en el correo electrónico notificacionesjudiciales@cnsc.gov.co.

Su respuesta y demás notificaciones podrán hacerse en mi dirección electrónica angela.astudillo@icbf.gov.co y angelastudillo@gmail.com de conformidad con el artículo 291 literal quinto del Código General del Proceso.

Atentamente:

ÁNGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO
C.C. 48601091
Correo electrónico angela.astudillo@icbf.gov.co y angelastudillo@gmail.com
Celular:3004657953

República de Colombia

Rama Judicial

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA

SALA ÚNICA DE DECISIÓN

Pamplona, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente:

DR. NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Acta No. 016

Proceso	Acción de Tutela – Segunda Instancia
Radicado	54-518-31-12-002-2020-00033-01
Accionante	LUZ MARY DÍAZ GARCÍA
Accionado	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
vinculados	PARTICIPANTES DE LA CONVOCATORIA N. 433 de 2016 PERSONAS QUE CONFORMAN LA LISTA DE ELEGIBLES DEL CARGO DE PROFESIONAL ESPECIALIZADO CÓDIGO 2028, GRADO 17 DE LA CONVOCATORIA 433 DE 2016 FUNCIONARIOS QUE ACTUALMENTE OCUPAN LOS CARGOS DECLARADOS DESIERTOS DENTRO DE LA CONVOCATORIA

ASUNTO.

Decide la Sala resolver la impugnación presentada por **LUZ MARY DÍAZ GARCÍA** contra el fallo de tutela de fecha 20 de mayo de 2020 proferido por el Juzgado Segundo Civil Laboral del Circuito de Pamplona.

ANTECEDENTES

HECHOS.-[1]

Conforme lo narrado por la Accionante y el trasegar procesal tenemos por tales los siguientes:

1.- LUZ MARY DÍAZ GARCÍA se inscribió, concursó y superó satisfactoriamente todas las etapas en la convocatoria 433 de 2016 para proveer el cargo de

[1] Folio 2 y ss. La paginación corresponde al archivo de pdf del expediente de primera instancia al que tuvo acceso el magistrado sustanciador, el cual le fue enviado a su correo electrónico institucional el 29 de mayo de 2020.

profesional especializado código 2028 grado 17, código OPEC (OFERTA PÚBLICA DE EMPLEOS DE CARRERA) 38694 en el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, ICBF.

2.- Por medio de la Resolución No. 20182230050595 del 21 de mayo de 2018 (en adelante Resolución 50595/2018), la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, CNSC, conformó *"la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el código OPEC número 38694, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Convocatoria No 433 de 2016-ICBF"*, en la cual la Accionante ocupó el segundo lugar[2].

3.- El artículo cuarto de la mencionada Resolución 0595/2018 señalaba *que "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 méritos 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".*

4.- Sin embargo, tal artículo fue revocado por medio de la Resolución CNSC 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, por ser incompatible con la sentencia SU 446 de 2011 de la Corte Constitucional, el Decreto 1894 de 11 de septiembre de 2012 y el Acuerdo 20161000001376 (marco de la plurimencionada convocatoria), especialmente en su artículo 62. En tal resolución concluyó la CNSC: "*Corolario de lo expuesto, se tiene que el artículo cuarto de los 1187 actos administrativos previamente referidos contempló la posibilidad de conformar una lista general para la provisión de vacantes no convocadas por lo que deberá ser revocado conforme las razones anteriormente expuestas con el fin de restablecer el orden público".*

6.- Con posterioridad al trámite del concurso y a la elaboración de la lista de elegibles del cargo de marras, el artículo 6 de la Ley 1960 de junio 27 de 2019 modificó el numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004 *"Por la cual se expiden*

[2] Folio 17 y ss.

normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.", disponiendo que con las listas de elegibles se podían proveer las "las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad".

7.- A través del "*criterio unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019*", elaborado por la CNSC en sesión de 16 de enero de 2020, tal Entidad señaló que las vacantes generadas en convocatorias aprobadas antes de la promulgación de aquella norma sólo, podían ser cubiertas con los "mismos empleos" de la lista de elegibles, entendiendo por tales los que tienen la misma OPEC.

8.- Mediante oficio 20201020238471 de 27 de febrero de 2020[3], la CNSC respondió el derecho de petición a la Accionante, refiriendo la imposibilidad de hacer uso de la lista de elegibles que integra la Accionante para proveer vacantes en el cargo de profesional especializado, código 2028, grado 17, manifestación en el mismo sentido que realizó mediante oficio 20201210000004751 de 25 de febrero de 2020, el ICBF[4]

PETICIONES.-[5]

La Accionante solicitó que se le amparen sus derechos fundamentales de petición, debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos por el sistema de méritos y en consecuencia se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR realizar los trámites administrativos pertinentes para dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019 y se autorice y use la lista de elegibles conformada mediante Resolución número 20182230050595 del 21 de mayo de 2018 respecto al cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 en una de las vacantes que no fueron provistas en periodo de prueba y que fueron declaradas desiertas.
Además, pidió que se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL ofertar las vacantes del cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 en la oferta pública de empleos, con el fin de que quienes hacen

[3] Folio 53.
[4] Folio 49 y ss.
[5] Folio 11 a 12

parte de la lista opten por una de ellas, mientras que para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar requiere que una vez recibidas las listas de elegibles, efectúe el nombramiento según el orden que corresponda en una de las 27 vacantes declaradas desiertas o que hayan quedado vacantes con posterioridad a la conformación de la lista.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

El 8 de mayo de 2020[6] la *A quo* admitió la acción de tutela por cumplir con las exigencias mínimas, ordenó su notificación y corrió traslado para que en el término de dos días los Accionados se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones, vinculó a quienes participaron en la convocatoria No. 433 de 2016 y a todas las personas que actualmente conforman la lista de elegibles del cargo de Profesional Especializado Código 2028, grado 17 de dicha convocatoria, así como a todos los funcionarios que actualmente ocupan los cargos declarados desiertos y decretó pruebas.

El 20 de mayo de 2020 de resolvió la acción constitucional.

RESPUESTA A LA ACCIÓN

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF)[7].-

Frente a los hechos, señaló que la CNSC mediante Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal del Sistema General de carrera administrativa del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, Convocatoria No. 433 de 2016.

Señala que la Accionante a través de la Oferta Pública No. 38694 ofertó una vacante del empleo denominado Profesional Especializado Código 2028 Grado 17, cuya ubicación geográfica era la Regional Norte de Santander – Pamplona.

[6] Folio 73 a 76.
[7] Folio 84 y ss.

Indica que la lista de elegibles fue publicada mediante Resolución No. 20182020050595 del 21 de mayo de 2018, en la que se encontraron habilitados 2 elegibles, en donde LUZ MARY DÍAZ GARCÍA, ocupó el segundo lugar de elegibilidad.

En firme la lista de elegibles, continúa, se efectuó el nombramiento y posesión de la persona que ocupó el primer lugar de elegibilidad para proveer las vacantes de la convocatoria 433 de 2016 para el empleo de Profesional Especializado Código 2028 grado 17 en el que participó la accionante.

Solicitó se declare improcedente la acción de tutela por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental, así como de subsidiariedad y perjuicio irremediable, argumentando que ya se publicó la lista de elegibles, la que adquirió firmeza en junio de 2018, la cual se conformó para proveer 1 vacante y la accionante ocupó la posición número 2.

Señala que la Actora lo que cuestiona es el hecho de no haberse efectuado su nombramiento en aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, que modificó el numeral 4 de la Ley 909 de 2004, desconociendo el artículo 2 de la misma norma que creó el derecho a los empleados de carrera administrativa a concurso de ascenso y movilidad horizontal, para lo que la Ley otorgó un término a la CNSC.

Plantea que la Accionante exige su nombramiento en un cargo que no guarda equivalencia con el cargo al que aspiró en el marco de la convocatoria, toda vez que ninguno de aquellos (tanto los declarados vacantes como los creados después de la convocatoria), fueron asignados al municipio de Pamplona.

Dice que no se puede afirmar de manera general y descontextualizada que la acción de tutela es procedente siempre que exista un concurso de méritos o lista de elegibles, dado que las controversias que pueden suscitarse son de diversa naturaleza y las particularidades de cada caso ameritan un estudio específico.

Aduce que la controversia principal versa sobre el cumplimiento inmediato de una norma de carácter general, frente a lo que se requiere adelantar una serie de acciones administrativas y financieras que implican tiempo y recursos públicos las cuales relaciona extensamente.

Añade, frente a la subsidiariedad y perjuicio irremediable, que la Accionante cuenta con mecanismos distintos a la tutela para ejercer sus derechos, pues ataca actos administrativos de carácter general y las respuestas dadas a los derechos de petición, lo que constituye un acto de trámite, que, por regla general, no son objeto de protección constitucional.

Respecto al criterio unificado "*uso de lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019*", señala que el ICBF ha realizado acciones de verificación e identificación en la planta global, arrojando como resultado para el empleo Profesional Especializado Código 2028 Grado 17, en el cual participó LUZ MARY DIAZ GARCÍA, que no existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el criterio unificado, puesto que los cargos declarados vacantes y aquellos creados con posterioridad a la convocatoria, no fueron asignados a la Regional Norte de Santander – Pamplona, por lo que no corresponde a la misma ubicación geográfica.

Resalta que el ICBF no ha vulnerado ni puesto en riesgo ningún derecho fundamental de la accionante en tanto está adelantando todas las gestiones que implican el reajuste introducido por la Ley 1960 de 2019 y la norma no puede tener una aplicación inmediata como quiera que implica la revisión de los criterios establecidos por la CNSC.

Añade que aceptar la aplicación de la lista de elegibles de la Accionante, desconocería los derechos de las personas que se inscribieron en las OPEC correspondientes al empleo profesional especializado Código 2028 Grado 17, en las ubicaciones geográficas para las que sí se crearon nuevas vacantes, pues estas personas desde el inicio de la convocatoria escogieron esa ubicación, presentaron las pruebas y aprobaron el proceso a la luz de las necesidades del servicio de aquellos territorios.

CIUDADANO MANUEL ORLANDO MENA ZAPATA[8].-

Quien manifestó actuar en calidad de inscrito en el concurso de méritos 433 de 2016 y en lista de elegibles en el cargo de Profesional Universitario OPEC 39458, luego de narrar las etapas desarrolladas en el concurso, señaló que el acuerdo que rige

[8] Folio 112 y ss.

la convocatoria siempre permite utilizar la lista de elegibles para las vacantes nuevas en iguales empleos, misma denominación, grado, función y perfil.

Manifestó que el comunicado de la CNSC del 16 de enero de 2020, crea confusión, respecto del concepto “mismos empleos”, concepto que es similar a “vacantes para las cuales se efectuó el concurso” pero completamente diferente a “cargos equivalentes” el cual es mencionado en la Ley 1960 de 2019.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)[9].-

Desde el inicio de su respuesta manifestó que su pronunciamiento solo sería respecto de la competencia de la entidad que representa.

Señaló que LUZ MARY DÍAZ GARCÍA, participó en el concurso de méritos convocado mediante Acuerdo 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 para el empleo identificado con el código OPEC No. 38694 y que una vez superadas las fases del concurso se publicó la Resolución No. CNSC-20182230050595 del 21 de mayo de 2018 *“Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 38694, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF”,* en la cual ocupó la segunda posición con un puntaje de 70.63 puntos.

Refiere que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 del acuerdo de convocatoria la CNSC remitió al ICBF, el acto administrativo para realizar los nombramientos de aquellos elegibles que ocuparon una posición meritoria en la lista es conforme el número de vacantes ofertadas para cada OPEC, en estricto orden de mérito.
Indica que para el empleo en mención se ofertó una vacante, y que el elegible que adquirió el derecho a ser nombrado en periodo de prueba para el cargo fue el aspirante que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, mientras que la Accionante ocupó la segunda posición, por lo que no es posible que se realice su nombramiento.

[9] Folio 140 y ss.

Frente a la acción interpuesta señaló que no se acreditó el requisito de subsidiariedad, ni el perjuicio irreparable, al que se ve enfrentada la tutelante, requisito *sine qua non* para ejercitar el instrumento jurídico. Además, debe resultar improcedente por cuestionar actos administrativos que buscan revisar las reglas o pautas que rigen el concurso de méritos o determinaciones que se adoptan en la evolución de sus etapas o fases.

Finalmente señaló que no hay lugar al amparo solicitado por no agotarse las acciones ordinarias existentes y solicitó la desvinculación de la CNSC por falta de legitimación en la causa y subsidiariamente no tutelar los derechos invocados por la Accionante por no existir desconocimiento de los mismos.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[10]

El 20 de mayo de 2020 el Juzgado Segundo Civil Laboral de Pamplona resolvió declarar improcedente el amparo constitucional invocado por LUZ MARY DÍAZ GARCÍA respecto de los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos y negar el amparo constitucional respecto del derecho de petición.

Argumentó, respecto a la improcedencia declarada, que existen otros mecanismos de defensa judicial como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que se consagran medidas cautelares, y/o controvertir los actos administrativos mediante los recursos ordinarios.

De acuerdo a la inconformidad de la Resolución No. CNSC 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, dijo que se debieron ejecutar las acciones que tenía a su alcance a fin de controvertir el acto administrativo y buscar dejar en firme el artículo 4 de la Resolución No. CNSC 20182230050595 del 21 de mayo de 2018.
Refirió que la Accionante no solicitó el amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y no allegó prueba sumaria de tal situación, pese a haber manifestado que su esposo por ser músico hace aproximadamente dos (2) meses no tiene trabajo en razón a la pandemia, no se alegó ni acreditó una presunta vulneración a su derecho al mínimo vital, máxime que su inconformidad radicó desde la expedición de la Resolución No.

[10] Folio 240 y ss.

20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, a partir de la cual se restringió la posibilidad de que su lista pudiese ser utilizada para otros cargos ubicados en otra zona geográfica diferente a la que inicialmente había opcionado.

Señaló que tampoco es un perjuicio irremediable que la lista de elegibles esté próxima a vencer, dado que la inconformidad se origina desde el 22 de noviembre de 2018, y sólo hasta el 8 de mayo de 2020 radicó la tutela, teniendo tiempo suficiente previo al vencimiento de la lista de elegibles para haber ejercido las acciones ordinarias frente a los actos administrativos que consideraba lesionaban sus derechos, lo que no hizo, ni siquiera recién expedida la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, de la que reclama le es aplicable para ser nombrada en otra ubicación geográfica diferente a la OPEC a la cual optó.

Indicó que tampoco se cumple con el requisito de la inmediatez, por cuanto se reprocha entre otras cosas haber revocado el artículo 4 de la Resolución No. CNSC 20182230050595 del 21 de mayo de 2018 por medio de la Resolución No. 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 y si se estudiara desde la expedición del Criterio Unificado de fecha 16 de enero de 2020, hasta el momento de la interposición de la acción de tutela trascurrieron aproximadamente 4 meses, término para acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que tampoco se cumple con la inmediatez, no siendo aceptable que se hubiere esperado hasta casi el cumplimiento del término de caducidad para acudir al mecanismo residual.

Frente al derecho fundamental de petición y luego de analizar la solicitud y la respuesta, encontró que tanto la CNSC como el ICBF emitieron respuesta oportuna, de fondo, completa y congruente con lo peticionado, sin que ello signifique acceder a lo pretendido, la que fue puesta en conocimiento de LUZ MARY DIAZ GARCÍA.

Dijo también que no se presentó vulneración al derecho fundamental al debido proceso, por haberse respetado todas las etapas del proceso de selección correspondientes a la Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF, según lo previsto en el Acuerdo No. CNSC 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, así como los actos administrativos proferidos durante el mismo, los cuales se encuentran en firme.

Argumentó que desde la inscripción de LUZ MARY DIAZ GARCÍA a la convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF era conocedora que para el cargo para el cual se postuló, solo existía una vacante para la Regional Norte de Santander – Pamplona, por lo que no se desconoce que lo que adquirió a través de la convocatoria fue una mera expectativa y no un derecho, cual obtuvo YASMÍN ROCÍO WILCHEZ MORENO, primer lugar en la lista de elegibles para el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 OPEC 38694, quien fue nombrada y posesionada en la única vacante ofertada respecto de dicho cargo en la ciudad de Pamplona.

Señaló que no le asiste razón a la Accionante respecto a los cargos equivalentes, pues si bien el artículo 6 de la ley 1960 de 2019 la habilita para ser nombrada, ésto sólo es posible en un cargo equivalente al que concursó, esto es, profesional universitario, código 2028 Grado 17, OPEC 38694, perteneciente a la Regional Norte de Santander, Pamplona, siempre que cumpla con la misma asignación básica mensual, propósito y funciones, y además porque el Acuerdo de convocatoria es ley para las partes, entre otros, la OPEC hace parte integrante del mismo y la Accionante sabía desde el principio que había una vacante para el cargo ofertado.

Frente al derecho a la igualdad, señaló que la Accionante no acreditó que otras personas en las mismas circunstancias se les hubiere dado un trámite diferente. Respecto de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca dentro de la acción de tutela interpuesta por JESSICA LORENA REYES CONTRERAS, se debatió si a partir del criterio unificado proferido por la CNSC el 27 de agosto de 2019, la Ley 1960 de 2019 resultaba aplicable para procesos de selección iniciados antes de la expedición de la misma y no únicamente los que iniciaron luego de su promulgación, no siendo un caso análogo al analizado, si el criterio unificado expedido por la CNSC el 16 de enero de 2020, se debe tener en cuenta, y entre otros, el requisito de ubicación geográfica que identifica a cada cargo.

Además, indicó que el efecto *inter comunis* que aplicó dicha Corporación sólo resulta aplicable para aquellas personas que conforman la lista de elegibles correspondiente a la Resolución No. 20182230040835 del 26 de abril de 2018, conformada para el cargo de Profesional Universitario código 2044 grado 8 OPEC

39958 (que es diferente al ofertado para Ella), y que tal efecto sólo puede ser ordenado por la Corte Constitucional.

Refirió también que si se omitiera la ubicación geográfica y se conformara una lista a nivel nacional para proveer las vacantes disponibles para el mismo empleo, no se podría tener certeza el puesto que ocuparía la Accionante en dicha lista, pues no se podría desconocer la opción que otros participantes que eligieron en el marco de la misma convocatoria

Respecto a los derechos al trabajo y acceso a cargos públicos, señaló que no se violan con la negativa de las entidades accionadas de efectuar el nombramiento de LUZ MARY DIAZ GARCÍA, al no existir una vacante disponible en la Regional Santander Pamplona, dado que el goce al derecho al trabajo puede materializarse de otras formas, además de que la accionante manifiesta ser profesional y haberse desempeñado como docente.

IMPUGNACIÓN[11]

Inconforme con la decisión adoptada por la *A quo,* la accionante LUZ MARY DÍAZ GARCÍA impugnó el fallo de primera instancia, manifestando que se ratifica en todos y cada uno de los argumentos esbozados en la demanda, y solicitó que se revoque el fallo y en su lugar se conceda la protección de los derechos invocados, accediendo a las pretensiones y tomando los correctivos a que haya lugar en razón al vencimiento de la lista de elegibles.

Frente a derecho de petición dijo que, si bien las autoridades accionadas dieron respuesta a la petición, no absolvieron todos los interrogantes planteados.

Frente a la existencia de otro medio de defensa señaló que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no la exime de la concurrencia a un proceso ordinario que en la práctica no es ágil y oportuno por la congestión que existe en la administración de justicia.

Aduce que concursó para un cargo con numero de OPEC y ubicación geográfica determinada, circunstancia que de acuerdo a la norma no hace que los cargos

[11] Folio 299 y ss.

convocados sean equivalentes y que no tenga la posibilidad de ser nombrada en una de las vacantes existentes, además, advierte que la administración ha cambiado las pautas del concurso con resoluciones y conceptos diversos en los que difiere en su criterio.

Indica que el artículo 6 de la ley 1960 de 2019 que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004 le abrió la oportunidad de acceder a un nombramiento en razón al concurso, respecto del que existen vacantes, no sólo para el número OPEC al que concursó, sino para cualquier otra que haya surgido con posterioridad a la convocatoria, pero que los entes accionados se niegan a acatar aplicando conceptos contradictorios.

Insiste en el derecho que tiene a ser nombrada en una de las vacantes para proveer el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 que se encuentran vacantes a nivel nacional y que fueron declaradas desiertas con transgresión a la ley.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA. -

Este Tribunal es competente para conocer de la impugnación de la presente Acción de tutela según lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política y artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

Cabe anotar que a pesar de haberse mencionado la existencia de pronunciamientos judiciales anteriores[12], por no haberlo planteado así la pasiva, nada obsta para que se emita decisión de mérito[13].

PROBLEMAS JURÍDICOS. -

[12] Sentencia 18 de noviembre de 2019, radicación 76001333302120190023401, Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca y sentencia de 19 de mayo de 2020, Tribunal Administrativo de Risaralda, radicado 66001-33-003-2020-00127-01.
[13] *"7.8. Si por alguna razón se omite por el sujeto demandado poner de presente las condiciones que admiten que el caso sea remitido a una misma autoridad, en los términos en que se disponen en el decreto en cita, ninguna consecuencia se deriva de ello en el campo procesal, pues el juez al que se le atribuya el caso deberá proceder a su trámite, según los criterios de competencia que hayan motivado su asignación, ante la falta de conocimiento de los supuestos que activan esta regla especial de reparto. De ahí que, al igual que ocurre con el Decreto 1382 de 2000, esta última tampoco es un motivo válido para suscitar un conflicto de competencia, o para declarar la nulidad de lo actuado en el curso del proceso"*. Corte Constitucional, Auto 172 de 2016.

Procurará esta Corporación dilucidar:

1).- ¿La acción de tutela presentada por LUZ MARY DÍAZ GARCÍA cumple con los requisitos generales de procedencia contra actos administrativos emitidos en un concurso de méritos?

2.- ¿Es vulneratorio de los derechos fundamentales de la accionante que tanto el ICBF como la CNSC usen el código OPEC para dar aplicación a la expresión *"cargos equivalentes no convocados"* contenida en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019?

3.- ¿Vulneraron las Accionadas el derecho fundamental de petición de la Accionante?

REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.-

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Nacional, toda persona puede ejercer la acción de tutela mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, siempre que resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares. La acción de tutela resulta procedente cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial eficaz para la protección de sus derechos, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la consolidación de un perjuicio irremediable.

En esta medida, antes de pronunciarse de fondo sobre el caso concreto, es deber del juez constitucional verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, a saber: *(i)* la legitimación en la causa por activa y por pasiva, *(ii)* la inmediatez y *(iii)* la subsidiariedad[14].

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA.-

Este requisito de procedencia tiene por finalidad garantizar que quien interponga la acción tenga un *"interés directo y particular"* respecto de las pretensiones elevadas, de manera que el juez constitucional pueda verificar que *"lo reclamado es la*

[14] Corte Constitucional, sentencia T 091 de 2018.

protección de un derecho fundamental del propio demandante y no de otro". A su vez, esta acción debe ser ejercida en contra del sujeto responsable de la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, sea este una autoridad pública o un particular[15].

Por activa, tenemos a LUZ MARY DÍAZ GARCÍA, ciudadana que agotó todas las etapas como concursante en la convocatoria 433 ICBF y que al momento de la interposición de la acción integraba una lista de elegibles vigente, sobre la cual asienta su pedimento; por pasiva tenemos el tándem INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, entidades públicas del orden nacional que comparten responsabilidades y funciones en el diseño, implementación y ejecución del concurso de la convocatoria 433.

De esa manera se da por acreditado este requisito.

INMEDIATEZ.-

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe presentarse en un término razonable computado a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. Este requisito tiene por finalidad preservar la naturaleza de la acción de tutela, concebida como *"un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados"*[16].

Con el fin de orientar la labor del juez de tutela, la jurisprudencia constitucional ha identificado cinco criterios que ayudan a determinar, en cada caso, el cumplimiento del requisito de inmediatez: (i) la situación personal del peticionario, que puede hacer desproporcionada la exigencia de presentar la acción de tutela en un término breve; (ii) el momento en el que se produce la vulneración, ya que pueden existir casos de violación permanente de derechos fundamentales; (iii) la naturaleza de la vulneración, pues la demora en la presentación de la tutela puede estar relacionada, precisamente, con la situación que, según el accionante, vulnera sus derechos fundamentales; (iv) la actuación contra la que se dirige la tutela, ya que si se trata de una providencia judicial, el análisis debe ser más estricto, y (v) los efectos de la

[15] *Ibídem.*
[16] Corte Constitucional, sentencia SU 391 de 2016.

tutela en los derechos de terceros, quienes tienen la expectativa legítima de que se proteja su seguridad jurídica[17].

En al caso de marras, tenemos varios actos que se candidatizan para ser contemplados como hitos a partir de los cuales se compute el tiempo de iniciación de los perjuicios; a saber, 27 de junio de 2019, fecha en la cual se promulgó la Ley 1960 de 2019, 1 de agosto de 2019 y 16 de enero de 2020 cuando se emitieron sendos "Criterios Unificados" que la interpretan, pues es un mecanismo administrativo por medio del cual la CNSC ejerce la función consignada en el literal h del artículo 11 de la Ley 909 de 2004[18].

Dado que la ley no irrogó perjuicio alguno a la Tutelante (y por el contrario le otorgó derechos), lo que le correspondía era esperar el acatamiento de la Ley por las accionadas. Podría afirmarse que la situación era pasible de la acción de cumplimiento, sin embargo, el inciso primero del artículo 9 de la Ley 393 de 1997 dispuso que este mecanismo es subsidiario a la tutela, por lo que no estaba obligada a agotarlo[19], confluyendo aquí con el requisito de subsidiariedad como se analizará más adelante.

Con respecto a los "Criterios Unificados", tenemos que el primero de ellos emitido por la CNSC en sesión de 1 de agosto 2019, que abordó el tema de la *"lista de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019*", estructuró el siguiente referente legal:

CRITERIO ADOPTADO

> Las listas de elegibles expedidas y que se van a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la ley 1960, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria.
>
> De otra parte, los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la ley 1960, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas las reglas previstas para las listas de elegibles.
>
> En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad **únicamente es aplicable a las listas expedidas**

[17] *Ibídem.*
[18] *"h) Expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa"*;
[19] *"La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela".*

> **para los procesos de selección que fueron aprobadas con posterioridad al 27 de junio y por esa razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada[20].**
> *Negrilla fuera de texto.

Dado que el Acuerdo gobernante de la convocatoria 433 fue el 201610000001376 de 5 de septiembre de 2016[21], cual incontrovertiblemente precedió a la Ley 1960 de junio de 2019, según el Criterio Unificado antedicho sus listas de elegibles sólo podrán ser utilizadas para las precisas vacantes que ofertó. En esa medida, podría considerarse que al quitar el derecho al reuso de su lista, este Criterio Unificado debe ser el que inicia el cómputo temporal de la debida diligencia que la Accionante debió desplegar para hacerlos respetar.

Sin embargo, el 16 de enero de 2020 a través del *criterio unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019*", la CNSC revocó el de agosto de 2019, y en su lugar permitió que las listas procedentes de convocatorias anteriores a la Ley 1960 fuesen utilizadas en vacantes posteriores a ellas, siempre y cuando tuviesen el mismo número OPEC:

> De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir las vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "**mismos empleos";** entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación, básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con el número de OPEC[22].
> *Negrilla en el original.

Por lo tanto, habiéndose revocado el Criterio Unificado de agosto de 2019 que impedía la reedición de las listas, y habiéndose proferido un nuevo acto administrativo, el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020 que lo permitía (aunque con un condicionante nuevo, el código OPEC), es razonable tomar éste y no aquél como punto de partida del cómputo de inmediatez.

[20] https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos#
[21] Folio 103.
[22] Folio 25 y ss.

Considerando que esta acción fue interpuesta el 8 de mayo de 2020[23], es decir, poco más de tres meses después de la emisión del Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, debe concluirse que fue interpuesta en un término razonable.

Adicionalmente, no puede desdeñarse que obra en la actuación el ejercicio de derechos de petición al ICBF[24] y CNSC[25] de 30 de enero de 2020, los cuales fueron respondidos respectivamente el 25 y 27 de febrero de 2020[26], acreditando así diligencia en la gestión del asunto

Finalmente, cabe anotar que para la fecha de interposición de la acción, la lista de elegibles integrada por la Accionante se encontraba vigente, pues se extendía hasta el 5 de junio de 2020[27].

SUBSIDIARIEDAD.-

Sobre este criterio, que controla el ejercicio suplementario de la acción de tutela, ha señalado la Corte Constitucional:

> 44. La acción de tutela procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial efectivo para la protección de sus derechos fundamentales o, en caso de existir tal recurso judicial, se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El carácter subsidiario de esta acción *"impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales (…) y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional".*
>
> 45. No obstante, la Corte ha advertido que el estudio de la subsidiariedad de la acción de tutela no consiste en una mera verificación formal de la existencia de otros mecanismos judiciales o administrativos. Por el contrario, le corresponde al juez constitucional analizar la situación particular del accionante y los derechos cuya protección se solicita, con el fin de comprobar si aquellos resultan eficaces para la protección de los derechos fundamentales. Por ejemplo, en los asuntos que involucran derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, el análisis del cumplimiento del requisito

[23] Folio 72.
[24] Folio 28 y ss.
[25] Folios 35 y 42 y ss.
[26] ICBF 25 de febrero de 2020 (fl. 49 y ss), CNSC 27 de febrero de 2020 (fl. 53 y ss.)
[27] Folio 141.

> de subsidiariedad es menos riguroso, debido al interés superior de los menores de edad, garantizado por el artículo 44 de la Constitución.
>
> 46. De manera reiterada, la Corte ha advertido que el juez constitucional debe determinar si los medios de defensa judicial disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien acude a la acción tutela. Si no es así, puede otorgar el amparo de dos maneras distintas: (i) como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria, y (ii) como mecanismo eficaz de protección de los derechos fundamentales. La primera posibilidad implica que si bien las acciones ordinarias pueden proveer un remedio integral, no son lo suficientemente expeditas para evitar un perjuicio irremediable. La segunda, que el medio de defensa ordinario no ofrece una solución integral para la protección de los derechos fundamentales comprometidos.
>
> 47. La existencia de las otras vías judiciales debe ser analizada en cada caso concreto, en cuanto a su eficacia. Si no permiten resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrecen una solución integral para el derecho comprometido, es procedente la acción de tutela como mecanismo de amparo definitivo de los derechos fundamentales invocados[28].

Con ese lineamiento, le corresponde a esta corporación determinar *i).-* si existe otro mecanismo de defensa judicial, *ii).-* si de existir brinda protección *"eficaz y completa"*, y finalmente, si no es así, iii).- determinar si se debe otorgar el amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o como *"mecanismo de amparo definitivo de los derechos fundamentales invocados"*.

Como esta actuación versa sobre un derecho particular y concreto consignado en un acto administrativo, el escenario natural en que debería darse el debate sería la acción de nulidad y restablecimiento consignada en el artículo138 CPCA[29].
Sin embargo, tratándose de concurso de méritos, profusa ha sido la jurisprudencia constitucional sobre la posibilidad de ejercicio de la acción de tutela, a pesar de la existencia de otro mecanismo de defensa judicial.

En un caso fácticamente similar al que se estudia, consistente en que una integrante de la lista de elegibles ubicada en una posición (5) que excedía la de plazas

[28]Corte Constitucional, sentencia T 091 de 2018.
[29] Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda 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 le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. 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, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

convocadas (2), aspiraba a que tal fuera utilizada para proveer las vacantes definitivas, expresó la Corte Constitucional:

> De forma pacífica, la Corte ha señalado que conforme al artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, al que se puede recurrir ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de los derechos invocados o cuando existiendo se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.
>
> Por consiguiente, si hubiere otras instancias judiciales que resultaren eficaces y expeditas para alcanzar la protección que se reclama, el interesado debe acudir a ellas, antes de pretender el amparo por vía de tutela. Es decir, la subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto, pues el amparo no puede desplazar los mecanismos de defensa previstos en la correspondiente regulación común.
>
> De esta manera, en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos esta Corporación ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de **la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos**.
>
> (…)
>
> Al hilo de lo expuesto, se concluye que según la jurisprudencia de esta Corporación, **la acción de tutela es el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir asuntos referentes a la provisión de cargos de carrera de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles por los concursos de mérito,** por cuanto, como se verá en el siguiente acápite, se pretenden garantizar no solo los derechos a la igualdad y al debido proceso, sino además la debida aplicación del artículo 125 de la Constitución Política[30].
> Negrilla fuera de texto.

Como ya se refirió, no procedía la acción de cumplimiento en la actuación que hoy nos ocupa, y adicionalmente se constata que el amparo se inició dentro del término de caducidad de cuatro meses de la nativa acción de nulidad y restablecimiento (según el hito temporal que ya se relacionó en el acápite anterior), por lo que se descarta que esta acción sea usada para contrarrestar la desidia de la Accionante en tal punto.

[30] Corte Constitucional, sentencia T 112 A de 2014.

Además, está demostrado que al momento de presentación de esta acción de tutela no era viable el ejercicio judicial de la acción de nulidad y restablecimiento, debido a que por Acuerdo PCSJA20-11518 del Consejo Superior de la Judicatura, desde el 16 de marzo de 2020 (dos meses después de la fecha de emisión del acto lesivo de los derechos fundamentales), fueron suspendidos los términos procesales.

En ese orden, esta Corporación considerará superado el requisito de subsidiariedad en función de la ineficacia (por imposibilidad de ejercicio), del mecanismo judicial prevalente.

Finalmente, debe atenderse la situación particular de la Accionante, quien refirió, y no fue desmentido, tener dos hijos menores de edad, carecer de estabilidad laboral y padecer el desempleo de su pareja (músico) derivado de la pandemia, por lo que, la acción de tutela se erige también como un mecanismo idóneo para la resolución del caso.

Decisión de avocamiento material que, entre otras, encuentra respaldo en la sentencia T-551 de 2017[31] y en nuestros precedentes horizontales, como son los fallos con radicados 54-518-22-08-002-2019-0005-00, 54-518-22-08-003-2017-00017-00 y 54-518-31-84-001-2020-00021-01.

CASO CONCRETO

1.- Cribados los argumentaciones expuestos por los sujetos procesales y los derivadas del avance del trámite, se precisa la materia objeto de la controversia en que la accionante LUZ MARY DÍAZ GARCÍA se postuló y agotó todas las etapas de la convocatoria 433 de 2016 para proveer el cargo de profesional especializado código 2028 grado 17 en el ICBF radicado en la ciudad de Pamplona, Norte de Santander, la cual culminó satisfactoriamente (y sin que en esta acción nada se le reproche), con la lista de elegibles elaborada por el CNSC mediante Resolución 595 de 21 de mayo de 2018 en la que se ubicó en segundo lugar[32], lo que arrojó el

[31] "En el caso concreto, la Sala considera que debe analizarse la procedencia de la tutela como mecanismo definitivo de protección, toda vez que en el proceso de selección para ocupar el cargo de dragoneante y de ascensos del INPEC que ya cuenta con lista de elegibles, i) las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces[31] para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes[31] y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo[31], es decir, se necesita una acción de protección inmediata[31]; y, ii) se trata de un acto administrativo a través del cual se establecen criterios sobre los resultados de la prueba médica de los aspirantes, viéndose posiblemente lesionado derechos fundamentales de aquellos, al concurso de mérito."
[32] Folio 17.

nombramiento en tal empleo a quien ocupó el primer lugar (y único ofertado), mediante Resolución 7895 de 2018 del ICBF[33], quien efectivamente se posesionó el 11 de septiembre de 2018[34].

2.- Así, la pretensión de la Accionante se especifica en que, saturada por otra persona la pretensión laboral inicial que motivó su inscripción en la convocatoria, se le ampare el derecho a postularse a un cargo homólogo en el ICBF en tanto que integrante de la lista de elegibles fruto de un concurso de méritos.

3.- En auxilio de su pretensión expone que en la resolución CNSC 0595/18, misma en la que se nombró a la primera de su lista, consignó tal derecho en su numeral cuarto[35], aunque fue revocada por la Resolución CNSC 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, por ser incompatible con la sentencia SU 446 de 2011 de la Corte Constitucional, el Decreto 1894 de 11 de septiembre de 2012 y el Acuerdo 20161000001376 (marco de la plurimencionada convocatoria).

4.- Argumento estelar de la Accionante es que la irrupción del artículo 6 de la Ley 1960 de junio 27 de 2019 (que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004)[36], reflotó la posibilidad de reuso de su lista de elegibles.

5.- Sin embargo, se estableció en esta actuación que el "*criterio unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019*" emitido por la CNSC (acto que se ha identificado como el presuntamente lesivo de los derechos fundamentales de la Accionante), en sesión de 16 de enero de 2020 diluyó tal posibilidad, en la medida en que asimiló los "cargos equivalentes", útiles para cubrir las vacantes definitivas surgidas con posterioridad a la convocatoria mencionados en tal Ley, sólo a aquellos que comparten el mismo código OPEC.

> De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes

[33] Folio 193.
[34] Folio 199.
[35] *"ARTICULO 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 méritos 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".*
[36] 4.- Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

> de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir las vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "**mismos empleos"; entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación, básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con el número de OPEC**[37].
> *Negrilla y subrayado fuera de texto.

Como NO EXISTE OTRO CARGO CON EL MISMO CODIGO OPEC, especialmente por la diferencia en su ubicación geográfica con las otras vacantes, actualmente la Accionante no cuenta con la posibilidad de acceder a las definitivas para el cargo al que concurso (profesional especializado código 2028 grado 17).

6.- En profuso y expreso desarrollo jurisprudencial, nuestra Corte Constitucional ha planteado y ratificado la relevancia y trascendencia que el principio del mérito tiene en nuestra Carta Política y en la fórmula del Estado Social de Derecho. En sentencia C 046 de 2018 el artículo 125 superior que la entroniza, fue desglosado así por la Corte Constitucional:

> El alcance de este artículo ha sido examinado y desarrollado ampliamente en la jurisprudencia constitucional, la cual ha dicho que la carrera administrativa es un eje axial del Estado Social de Derecho y que tal garantía se erige sobre tres elementos determinantes: (i) el mérito; (ii) el concurso de méritos; y (iii) la igualdad de oportunidades para dar plena efectividad a los fines estatales al mismo tiempo que asegura los derechos fundamentales de las personas como la igualdad, el acceso a cargos públicos y la participación. Así pues, de la norma Superior se desprenden cuatro pilares fundamentales que pueden entreverse de su literalidad, estos son: (i) la carrera administrativa como regla general para asegurar el principio del mérito en la función pública; (ii) el concurso de méritos como mecanismo de garantía del mérito; (iii) la potestad de configuración del Legislador en este ámbito; y (iv) la posibilidad de una estructura de la función pública con cargos de libre nombramiento y remoción, elección popular, oficiales y los demás determinados en la ley, como excepciones a la regla general. Dichos elementos se interrelacionan en el desarrollo de la función pública, por lo que deben observarse de forma holística desde los demás preceptos constitucionales aplicables a la materia.

En precedente pronunciamiento había expresado la misma Corporación:

> La carrera es considerada un **principio constitucional**, **definitorio en la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho** desde tres criterios: **(i)** El carácter histórico, con el cual se indica que

[37] Folio 25 y ss.

> a través de la historia del constitucionalismo colombiano han sido formuladas diversas reformas constitucionales y legales tendientes a hacer prevalecer el sistema de carrera como la vía por excelencia para acceder al servicio público y de esa manera eliminar prácticas clientelistas, de "amiguismo" o nepotismo, basadas en la función pública y en generar que se acceda a los cargos estatales equitativa y transparentemente realizando una valoración del mérito de los aspirantes. (ii) El segundo criterio es conceptual y hace referencia a que la carrera debe ser entendida como un principio constitucional que cumple con dos objetivos: (i) ser el estándar y método por excelencia para ingresar al servicio público y; (ii) generar una fórmula de interpretación de las reglas relativas al acceso a cargos del Estado que deben comprenderse a tal punto que cumplan los requisitos y finalidades de la carrera, especialmente el acceso de acuerdo al mérito de los aspirantes. (iii) El último criterio es teleológico, por cuanto guarda una estrecha relación con las finalidades que tiene la carrera en el Estado constitucional. Por tal motivo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que al interpretar armónicamente el contenido del artículo 125 C.P. con normas superiores lleva a concluir que el principio de carrera tiene una función articuladora de diversos fines que cuentan con un reconocido valor para el ordenamiento constitucional[38].

Incluso, la Corte Constitucional no ha sido ajena a la utilidad de la herramienta para erradicar deplorables prácticas que afligen a la Nación. En sentencia T 180 de 2015 refirió:

> El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.

En el mismo sentido, la sentencia T 604 de 2013 señaló que es un "*Principio constitucional de obligatorio cumplimiento para ingreso, ascenso y retiro de empleo público",* y añadió*:*

> Los sistemas de ingreso basados en el mérito tienen como objeto garantizar la permanencia de los empleados y funcionarios en los cargos públicos del Estado y el acceso de los ciudadanos a la administración de acuerdo a sus cualidades, talentos y capacidades. Así mismo, constituye plena garantía que consolida el principio de igualdad, en la medida en que propende por eliminar las prácticas de acceso a la función pública basadas en criterios partidistas, los cuales han sido imperantes en nuestro país a lo largo de toda su historia.

[38] Corte Constitucional, sentencia C 034 de 2015.

7.- Fijada la preeminencia del principio de carrera, corresponde a esta Corporación determinar el impacto y relevancia constitucional que la Ley 1960 de 2019 pudo tener en la convocatoria 433 ICBF.

8.- Si bien la *ratio decidendi* de la sentencia SU 446 de 2011 fue que las listas de elegibles sólo podían ser utilizados para proveer los cargos que hubiesen sido previa y expresamente ofertados[39], tal parámetro varió sustancialmente con la promulgación de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, pues le otorgó a las listas la utilidad de cubrir las "*las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso":*

> 4.- Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos **se cubrirán** las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y **las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados**, **que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad**.

9.- De esa manera, la argumentación de la CNSC ratificada en su respuesta a esta acción de 14 de mayo de 2020, ya no es que las vacantes sin ofertar en cada convocatoria no pueden proveer sus listas de elegibles (como lo hizo en la Resolución 785 de 22 de noviembre de 2018 y en el Criterio Unificado de agosto de 2019), sino la que consignó en el Criterio Unificado de enero de 2020, que determina que sólo las vacantes con el mismo OPEC pueden ser provistas con la lista de elegibles de la 433. Concluye el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020:

> De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes

[39] *"Es importante señalar, 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 y 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. Los cargos que se encuentren por fuera de ésta, requerirán de un concurso nuevo para su provisión. Se puede concluir, entonces, que el uso del registro o lista de elegibles se impone sólo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registre la entidad durante su vigencia, siempre y cuando se trate de las plazas ofertadas en el respectivo concurso"*

> de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir las vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "**mismos empleos";** entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación, básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con el número de OPEC[40].
> *Negrilla en el original.

Tal postura es ratificada en la respuesta del CNSC al derecho de petición de la Accionante efectuada mediante oficio 20201020238471 de 27 de febrero de 2020:

> Por consiguiente, para hacer el uso de las listas de Elegibles, la entidad deberá, en primer lugar, reportar la OPEC en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad el mérito y la oportunidad (SIMO) de conformidad con lo expuesto en la circular conjunta número 20191000000 117del 29 de julio de 2019 y elevar la solicitud de autorización del uso ante la CNSC mediante oficio
>
> En virtud de lo anterior esta Comisión Nacional procederá a verificar las listas vigentes de la entidad que cumplan con las características de los empleos que requieran ser provistas y de encontrarlo procedente se autorizará el uso de las mismas, remitiendo el listado de los elegibles que por estricto orden de mérito les asista el derecho a ser nombrados en periodo de pruebas, razón por la cual, la entidad deberá apropiar y calcular el costo previsto para el uso de las listas de elegibles establecido en la Resolución número 0552 del 21 de marzo de 2014.
>
> Por lo anteriormente expuesto, se le informa que hasta el momento no existe solicitud de uso de lista de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado **número 38694**[41]**.**
> *Negrilla en el original Subrayado fuera de texto.

10.- Mediante oficio 20201210000004751 de 25 de febrero de 2020, el ICBF respondió derecho de petición a la Accionante, ratificando que sí se utilizarían las listas de elegibles de la convocatoria 433, pero bajo el entendido que se haría merced al código OPEC:

> De lo anterior se colige, que el ICBF no debe ni puede hacer uso de la lista elegibles para proveer empleos similares o equivalentes, pues eso sólo es posible para los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, y la convocatoria 433 de 2016 adelantada por la CNSC para proveer las 2470 vacantes definitivas del ICBF inició con la firma del acuerdo número 20161000001376 de fecha 5 de septiembre de 2016.

[40] Folio 25 y ss.
[41] Folio 53.

> Con fundamento en lo anterior, **es claro que los empleos con los que se hará el uso de la lista de elegibles, son aquellos que cumplen con los criterios de: *mismos empleos entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC*.**
>
> **De ahí que para realizar la provisión de las vacantes definitivas de acuerdo con el Criterio Unificado de fecha 16 de enero 2020, el primer filtro que realizará el ICBF obedece a la UBICACIÓN GEOGRÁFICA seguido de los criterios anteriormente señalados, por lo que no es viable hacer uso de listas para ubicación geográfica DIFERENTE a la señalada en la correspondiente OPEC de la que usted participó**[42].
> *Negrilla fuera de texto.

Tal postura fue ratificada en respuesta a esta acción por el ICBF:

> con base en esa directriz, toda vez que para el empleo Profesional Especializado Código 2028, Grado 17 OPEC 38694 ofertado dentro de la convocatoria 433 de 2016 no existen vacantes en la ubicación geográfica Regional Norte de Santander- Pamplona, para la cual participó la señora LUZ MARÍA DÍAZ GARCÍA y hace parte de la lista de elegibles, NO existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC.[43]
>
> (…)
>
> Es importante reiterar que el empleo debe coincidir en su totalidad con cada uno de los criterios de *igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, UBICACIÓN GEOGRÁFICA y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.".* señalados por la comida CNSC en el Criterio Unificado de fecha 16 de enero de 2020[44].
> *Subrayado en el original

11.- Ahora bien, a pesar que para esta Corporación, tal cual se reseñó, tanto el Criterio Unificado CNSC de enero de 2020 como las respuestas a los derechos de petición a esta tutela por las Accionadas implican el reconocimiento tácito de que la Ley 1960 gobierna la convocatoria 433 (aunque en estricta consideración a la OPEC), campea tal incógnita en las piezas arrimadas a la actuación, por lo que se justifica realizar una breve digresión sobre el punto.

[42] Folio 51 y ss.
[43] Folio 95.
[44] Folio 97.

12.- El primer parámetro de solución de este interrogante, la aplicabilidad de la Ley 1960 a la convocatoria de marras, es el elegido por la CNSC, quien en su Criterio Unificador de enero de 2020 mencionó que en virtud del "principio" de ultraactividad de la ley 909 la convocatoria ICBF 433 continuara rigiéndose por las normas vigentes al momento de su aprobación (si bien ello no fue consignado en el norte jurídico consolidado en tal instrumento)

Para el efecto, trajo a colación la sentencia C 763 de la Corte Constitucional que en el extracto íntegro señala:

> La ultraactividad de la ley es un problema de aplicación de la ley en el tiempo y esta íntimamente ligada al principio de que todo hecho, acto o negocio jurídico se rige por la ley vigente al momento de su ocurrencia, realización o celebración. Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación del principio "Tempus regit actus", que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultractividad de las normas, que son normas derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc.

13.- Ahora, es la ultraactividad una de las formas como el derecho lidia con el problema de la vigencia de las leyes en el tiempo, siendo el de la aplicación inmediata otra de ellas, al cual apeló tácitamente un homólogo de esta Corporación para afirmar que la Ley 1960 gobierna el actual estado de la convocatoria de marras[45]:

> TRANSITO DE LEGISLACION-Efectos/LEY-Situación jurídica extinguida/LEY-Situación jurídica en curso
>
> Las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ni de derechos adquiridos en ese momento, sino de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata. La aplicación o

[45] "Así las cosas, no es cierto como lo pregonan las entidades accionadas que la aplicación de la ley citada sería retroactiva, pues ella en su enunciado expresamente señala que las listas de elegibles aplican para cargos que incluso se creen con posterioridad a la convocatoria, situación fáctica que encaja plenamente en la de la actora y que la hace aplicable al encontrarse para el momento de la expedición de la ley la lista de elegibles de que es parte vigente y existir 49 cargos surtidos en provisionalidad, siendo exactamente iguales a aquel para el cual ya fue convocada y superó el concurso de méritos". Radicado 7600 13333 02120 19000 23401, Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, sentencia de 18 de noviembre de 2019

> efecto general inmediato de la ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. El efecto general inmediato de la nueva ley no desconoce la Constitución, pues por consistir en su aplicación a situaciones jurídicas que aún no se han consolidado, no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos.
>
> (…)
>
> LEY PROCESAL-Transito y efectos/PROCESO-Situación jurídica en curso/LEY PROCESAL-Transito frente a situación jurídica en curso
>
> Dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. Todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme[46].

Si bien la ley 1960 señaló que entraba en vigencia desde su promulgación (27 de junio de 2019), refirió que la lista de elegibles se aplicaría a las vacantes *"que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad",* y en ese orden, surgiría la incógnita de si la norma puede incidir en convocatorias aprobadas antes, como la ICBF 433.

No debe olvidarse que el concurso de méritos es un proceso con varias fases, siendo la última (y una de las principales por ser su objeto), la de que con la lista de elegibles "*y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad*", siendo ésta precisamente la modificación introducida al numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 " *Etapas del proceso de selección o concurso"* por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

En esa medida, no puede considerarse que la emisión de la lista de elegibles petrifica el concurso, y al contrario, ingresa en su periodo de mayor dinamismo, pues la lista continúa proyectándose en el tiempo, y mientras el registro conserve su vigencia, como es aquí el caso, desplegando efectos jurídicos.

[46] Corte Constitucional, sentencia C 619 de 2001.

Al no haber habido una situación jurídica consolidada, no puede afirmarse por ende que la Ley 1960 no podía aplicarse a la convocatoria 433.

Adicionalmente, como lo ha señalado la Corte Constitucional, el artículo 125 de la Constitución Nacional introduce un criterio de interpretación legal que aboga decididamente por la plena eficacia de las normas de carrera administrativa:

> 5. El segundo criterio es de carácter *conceptual* y refiere al entendimiento de la carrera administrativa como un **principio constitucional**. Al respecto debe partirse de considerar que otorgar a una materia en particular la condición de "principio" no solo tiene una consecuencia categorial, esto es, ubicarla como uno de los pilares en que sustenta el ordenamiento superior, sino que **también conlleva particulares funciones hermenéuticas**. Como lo ha señalado la Corte en fallos anteriores,[10] el principio de la carrera administrativa cumple el doble objetivo de *(i)* servir de estándar y método preferente para el ingreso al servicio público y; *(ii)* **conformar una fórmula interpretativa de las reglas que versen sobre el acceso a los cargos del Estado, las cuales deberán comprenderse de manera tal que cumplan con los requisitos y finalidades de la carrera administrativa, en especial el acceso basado en el mérito de los aspirantes. En términos de la jurisprudencia, "[e]s *tal la importancia de la carrera administrativa en el ordenamiento constitucional instituido por la Carta de 1991, que la Corte le ha reconocido el carácter de principio constitucional,[11] bajo el entendimiento de que los principios "suponen una delimitación política y axiológica", por cuya virtud se restringe "el espacio de interpretación", son "de aplicación inmediata tanto para el legislador constitucional" y tienen un alcance normativo que no consiste "en la enunciación de ideales", puesto que "su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica, sin la cual cambiaría la naturaleza de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser"[12]. || Dada la categoría de principio constitucional que le corresponde, en la providencia citada la Corte concluyó que "en el estado social de derecho la carrera administrativa constituye un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional"*[47]**.
> *Negrilla fuera de texto.

14.- O sea, si se considerase que existe un dilema sobre cuál de los dos criterios definiría la aplicabilidad de la ley 1960 en la convocatoria 433, si el de su efecto general inmediato o el de ultraactividad de sus predecesoras, considerando que éste implicaría la contracción del sistema de carrera (pues excluye el universo de

[47] Corte Constitucional, sentencia C 533 de 2010.

cargos no OPEC), esta Corporación tiene que optar imperativamente por el del efecto general inmediato, no sólo porque se amolda mejor al trámite de una convocatoria, que es un proceso en sentido lato (segmentable, sucesivo, preclusivo y con efectos diferenciados para cada una de sus fases[48]), sino primordialmente porque sirve mejor a la plenificación de los *"requisitos y finalidades"*[49] del principio constitucional de la carrera administrativa consignado en el artículo 125 Superior, que además, en su faceta de norte hermenéutico, orienta la debida interpretación legal.

En esa medida, debe considerarse que la Ley 1960 rige para la Convocatoria 433, y por ello, derogó los aspectos que le fueran contrarios en el Acuerdo CNSC 20161000001376 de 2016 que la convocó, y por ser además un parámetro obligatorio para su ejecución, su inobservancia afrenta el derecho fundamental al debido proceso.

15.- Como se relacionó anteriormente, en su Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, la CNSC asimiló el concepto de "*cargo equivalente no convocado*" señalado en la Ley 1960, con la OPEC, Oferta Pública de Empleos de Carrera.
La OPEC está integrada por la *"información correspondiente al nivel, la denominación, el grado y la asignación salarial de cada empleo, el propósito y las funciones del empleo, los requisitos de estudio, experiencia y las alternativas; la dependencia, el municipio donde se ubica el cargo y el número de vacantes del empleo a proveer"*[50].

Haciendo eco del Criterio Unificado de la CNSC, el ICBF expuso la asimilación del empleo equivalente por la OPEC, haciendo énfasis en la ubicación territorial del cargo:

---

[48] "*Se deben surtir para el acceso a todos los cargos que se encuentran basados en el mérito las siguientes etapas: (i) La convocatoria: fase en la cual se consagran las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse, así como los criterios de ponderación, aspectos que aseguran el acceso en igualdad de oportunidades al aspirante; (ii) Reclutamiento: En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; (iii) Aplicación de pruebas e instrumentos de selección: a través de estas pruebas se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física. Y por último (iv) la elaboración de lista de elegibles: en esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido".* Corte Constitucional, sentencia T 604 de 2013.

[49] "La carrera administrativa constituye un principio del ordenamiento superior y del Estado Social de Derecho con los siguientes objetivos: (i) realizar la función administrativa (art. 209 superior) que está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, (ii) cumplir con los fines esenciales del Estado (art. 2 constitucional) como lo son el servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, (iii) garantizar el derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político a través del acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40-7 de la Constitución), (iv) proteger el derecho a la igualdad (art. 13 de la Carta), y (v) salvaguardar los principios mínimos fundamentales de la relación laboral contemplados en el artículo 53 de la Carta". Corte Constitucional, sentencia C 288 de 2014.

[50] https://grupogeard.com/co/ayuda/convocatorias/opec/

> La OPEC, según definición de la CNSC es el "*listado donde se encuentran las vacantes definitivas que requieren cubrir una entidad el cual se consolida basándose en los manuales de funciones y competencias laborales de los empleos que conforman la planta de personal*". Así las cosas, la OPEC es la lista de vacantes a proveer en el marco de una determinada convocatoria, y con respecto a la OPEC 38694 se estableció que correspondía a una vacante en la Regional Norte de Santander- Pamplona, tal y como se informó en el momento de la convocatoria
>
> Al punto, resulta evidente que uno de los factores para tener en cuenta para los ciudadanos que se inscriben una convocatoria, es el número de vacantes que se ofrecen y su ubicación, las cuales se determinan de manera precisa en la OPEC. En un establecimiento del orden nacional como el ICBF que tiene miles de cargos a lo largo del país, se hizo un estudio geográfico de distribución con base en el cual se proyectó en la respectiva para la Regional Norte de Santander- Pamplona aspecto que no puede ser desconocido en el presente asunto[51].

Valga anotar que la asimilación de la equivalencia de cargos al OPEC es de reciente invención por la CNSC, pues incluso en el Criterio Unificado de 1 de agosto de 2019 (que también abordó la incidencia de la Ley 1960 en los trámites meritorios que la precedieron y la sucederán), el cual fue derogado por el de 16 de enero de 2020, ni siquiera se mencionó ese criterio.

Tal asimilación, la de "empleo equivalente" con la OPEC, ostenta dos dificultades, una jurídica y una práctica.

En cuanto a lo jurídico, debe atenderse que el Decreto 1083 de 2015 "*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública",* definió "empleo equivalente" en los siguientes términos:

> ARTÍCULO 2.2.11.2.3 *Empleos equivalentes.* Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.

Nótese cómo la definición legal es más estrecha que la insertada en el Criterio Unificado, pues la de éste añade criterios como "nivel", "asignación salarial" idéntica,

[51] Folio 86.

"propósito", "dependencia", "municipio donde se ubica el cargo" y "número de vacantes del empleo a proveer", lo que implica un abierto desafío al criterio hermenéutico consignado en el artículo 28 del Código Civil que dispone que *"Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras;* ***pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal****"*. (Negrilla fuera de texto).

En el aspecto concreto, debe considerarse que el propósito de la Ley 1960 fue ordenar la utilización de las listas existentes para proveer las *"vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad*", o sea, reglamentar que las plazas que no estaban disponibles para el inicio de la convocatoria puedan ser provistas por el sistema de mérito; Por el contrario, la definición de la CNSC, al reducir la equivalencia de los cargos a su identidad OPEC que los detalla infinitesimalmente (considerando incluso su ubicación territorial o su "propósito"), amplifica considerablemente una restricción, lo cual es contrario a la vocación expansiva del sistema de carrera.

De otro lado, la visión de "equivalencia del cargo OPEC", implicaría que el artículo 6 de la Ley 1960 reduciría dramáticamente su efecto práctico, pues quien concursara para un cargo pero no se posiciona dentro del número de vacantes, sólo podría optar por el mismo cargo, prerrogativa con la que de todas maneras cuenta por el hecho mismo de integrar la lista.

Además, gramaticalmente "equivalencia", en un sentido eficaz para el concurso de méritos, implica *"Igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o más cosas o personas"*[52], teniendo por "igual" "*que tiene las mismas características que otra persona o cosa en algún aspecto o en todos*" y *"muy parecido o semejante"*[53]*,* o sea, una relación basada en similitud parcial, mientras que la definición OPEC implica considerar como equivalente sólo lo que es idéntico.

En ese orden de ideas, la interpretación efectuada por la CNSC de que los cargos equivalentes sólo son los que comparten el mismo código OPEC es

[52] https://dle.rae.es/equivalencia
[53] https://dle.rae.es/igual?m=form. Negrilla fuera de texto.

constitucionalmente inadmisible, y por ello, no es un argumento atendible para negar el derecho reclamado por la Accionante.

Con base en las anteriores consideraciones, es claro que el Concepto Unificado de enero de 2020 es ostensiblemente inconstitucional, en la medida en que desafía flagrantemente el artículo 125 de la Constitución Nacional, no sólo en el espíritu que a éste alienta (la carrera administrativa como regla general y el ingreso y permanencia exclusivamente basado en el través del mérito), sino además por cuanto no consideró tal precepto como un referente hermenéutico, pues de haberlo hecho, habría utilizado la existente definición de "empleo equivalente" del Decreto 1083 de 2015, que amplifica el radio de acción de la carrera administrativa, en vez de concebir una restricción más amplia, que detalla la similitud de cargos hasta recortar ostensiblemente la posibilidad de que las listas puedan ser reutilizadas.

En ese orden de ideas, esta Corporación hará uso de la excepción de inconstitucionalidad[54] consignada en el artículo 4 de la Constitución Política, e inaplicará para el caso el "*criterio unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019*".

16.- En cuanto al argumento de inaplicabilidad de la Ley 1960 de 2019 a la convocatoria 433 ICBF por no haberse *"estructurado considerando el posible uso que pueda hacerse de las listas de elegibles para proveer las vacantes*", debe recordarse que las Resoluciones que consignaron las listas de elegibles de esa convocatoria ya contemplaban tal posibilidad, aunque hubiesen sido revocadas masivamente por medio de la Resolución 20182230156785 de 22 de noviembre de 2018.

Adicionalmente, de tiempo atrás la jurisprudencia constitucional había introducido el de reedición de las listas de elegibles:

> En resumen, en virtud de la normativa analizada, para determinar la utilización de la lista de elegibles por empleo de la entidad solicitante o del Banco Nacional de Listas de Elegibles, por parte de la CNSC,

[54] *"La jurisprudencia constitucional ha definido que "la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a una caso concreto y las normas constitucionales". En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política".* Corte Constitucional, sentencia SU 132 de 2013.

> para una entidad que reporte una vacancia definitiva, es necesario que el empleo que requiere de provisión sea equivalente al empleo que cuenta con lista de elegibles, y que el elegible cumpla con los requisitos del empleo a proveer; situación que certificará la CNSC, a través del Estudio Técnico de equivalencias.
>
> Igualmente, partiendo de un análisis de las normas administrativas reguladoras de la convocatoria, en conjunto con la jurisprudencia que se ha desarrollado a partir de la Sentencia C-319 de 2010, la solicitud de la autorización del uso de listas de elegibles deriva en una obligación para la entidad respectiva, y no en una mera facultad, ya que en aras de garantizar la prevalencia de los méritos como forma de proveer cargos de carrera administrativa, la entidad nominadora se encuentra abocada a elevar tal solicitud y será la CNSC quien conforme a las normas de la convocatoria a partir del estudio técnico que adelante establezca la equivalencia para proveer el empleo[55].

De esa manera, en la Resolución 0595 de 2018 no sólo se contempló expresamente que las listas de elegibles servirían para proveer empleos equivalentes para la convocatoria 433, sino que, tal cual lo señala la jurisprudencia citada, tal utilidad está implícita en el concurso de méritos, por lo que nada obsta para que así pueda ser ordenado.

17.- Con relación a la extensión de esta decisión, debe señalarse que la posibilidad de emitir una decisión *inter comunis* (al margen del análisis de si esta Corporación tiene competencia para ello), impone los siguientes requisitos:

> No obstante, en aras de discusión, si se llegare a decir que se producen efectos *inter comunis,* pese a que por regla general los fallos de la Corte Constitucional en sede de tutela producen efectos *inter partes*, esta Corporación con el fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución y particularmente para proteger el derecho a la igualdad, ha admitido extender los efectos de sus decisiones en sede de tutela, otorgándole efectos *inter comunis*, cuando sea estrictamente necesario evitar la repetición de violaciones de los derechos tutelados.
>
> Al respecto en la Sentencia SU-1023 de 2001, esta Corporación desarrolló las razones que justifican la extensión de los efectos a los fallos de tutela. En dicha oportunidad indicó:
>
> "*Existen circunstancias especialísimas en las cuales la acción de tutela no se limita a ser un mecanismo judicial subsidiario para evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales solamente de los accionantes. Este supuesto se presenta cuando la protección de derechos fundamentales de los peticionarios atente contra derechos fundamentales de los no tutelantes. Como la tutela no puede*

[55] Corte Constitucional, sentencia T 112 A de 2014.

> *contrariar su naturaleza y razón de ser y transformarse en mecanismo de vulneración de derechos fundamentales, dispone también de la fuerza vinculante suficiente para proteger derechos igualmente fundamentales de quienes no han acudido directamente a este medio judicial,* ***siempre que frente al accionado se encuentren en condiciones comunes a las de quienes sí hicieron uso de ella y cuando la orden de protección dada por el juez de tutela repercuta, de manera directa e inmediata, en la vulneración de derechos fundamentales de aquellos no tutelantes.***
>
> > *En otras palabras, hay eventos excepcionales en los cuales* ***los límites de la vulneración deben fijarse en consideración tanto del derecho fundamental del tutelante como del derecho fundamental de quienes no han acudido a la tutela****,* ***siempre y cuando se evidencie la necesidad de evitar que la protección de derechos fundamentales del accionante se realice paradójicamente en detrimento de derechos igualmente fundamentales de terceros que se encuentran en condiciones comunes a las de aquel frente a la autoridad o particular accionado****."*[56]
> > *Negrilla fuera de texto.

Por ende, el ejercicio radica en identificar a quienes encontrándose en "condiciones comunes" con la Accionante", puedan resultar perjudicados con el amparo de sus derechos.

El ICBF planteó en su contestación a la acción que hay una *"inescindibilidad de la Ley 1960 y concurso de ascenso"*, la cual *"debe aplicarse en su integralidad, esto es (i) garantizando que los empleados de carrera administrativa accedan a concursos de ascenso respecto al 30% de las vacantes proceso que deberá regular la CNSC y (ii) con la provisión de las vacantes haciendo uso de la lista de elegibles vigentes respecto del 70% de esas vacantes"*[57]*.*

Al respecto, cabe resaltar que la Ley 1960 es aplicable a la convocatoria 433, recordando que fue promulgada posteriormente, en función de las vacantes que *"surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad*", mientras que la previsión del concurso de ascenso implica, ese sí, su estructuración como tal desde el comienzo, según lo señalado en su artículo 29, numeral 3, inciso 3 de la misma Ley:

> Si en el desarrollo del concurso de ascenso **no se inscribe** un número igual de servidores con derechos de carrera por empleo convocado, el concurso se declarará desierto y la provisión de los cargos

[56] Corte Constitucional, Auto 273 de 2013.
[57] Folio 99.

> se realizará mediante concurso de ingreso abierto. Quienes se hayan inscrito inicialmente para el concurso de ascenso continuaran en el concurso abierto de ingresos sin requerir una nueva inscripción.

Así, es evidente que la provisión de vacantes por equivalencia en la Convocatoria 433 regida por el Acuerdo 20161000001376 de 5 de septiembre de 2016[58] no vulnera derecho alguno a los funcionarios de carrera que eventualmente pretenderán ascender, por cuanto en ella no se inscribió ninguno como tal.

Adicionalmente, considerando que la fuente de la precisa vulneración de los derechos de la Accionante se ubicó en el Criterio Unificado CNSC de 16 de enero de 2019 que al asimilar la equivalencia de cargos al "número de OPEC" cercenó la posibilidad de que los aspirantes incluidos en las listas de elegibles de la convocatoria 433 pudieran reconsiderarse en nuevas vacantes, debe entenderse que esta decisión no afectan los derechos de ninguno de ellos, pues al haberse ya negado a todos, en nada les perjudica que se conceda a uno de ellos.

Tampoco puede entenderse que quienes ostentan cargos de carrera en provisionalidad pueden ser considerados para extender los efectos de la sentencia a la modalidad *inter comunis*, en la medida en que la terminación de su relación es un efecto legítimo de la provisión de empleos por el sistema de mérito[59].

Finalmente, esta Corporación concluye que no se cumplen las *"condiciones comunes"* que exige la jurisprudencia constitucional para extender los efectos de este fallo, en la medida en que la situación personal de la Accionante y su ejercicio concreto y oportuno de atribuciones de índole administrativa fueron puntales de la decisión, y tales aspectos no le pueden constar respecto del abigarrado grupo humano que concurso con Ella.
En ese orden de ideas, esta decisión conservará la regla general del efecto *inter partes*.

18.- Dado que el trámite de nombramiento de un funcionario en carrera es complejo, pues en él confluyen diversas fases, actividades y autoridades, algunas de las

[58] Folio 147 y ss.
[59] *"Los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, tal y como lo ha reconocido esta corporación en reiterados pronunciamientos, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que se traduce en que su retiro del servicio público solo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos, razones todas estas que deberán ser claramente expuestas en el acto de desvinculación, como garantía efectiva de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad a la función pública".* Corte Constitucional, sentencia T 096 de 2018.

cuales no cuentan con un término legal, esta Corporación dará órdenes detalladas para dar cumplimiento al fallo.

Tales mandatos se desprenden del itinerario descrito por el ICBF en su respuesta a esta acción para el cumplimiento de la Ley 1960 de 2019[60] y se amoldarán a las circunstancias excepcionales del caso.

Así, se ordenará que en el plazo de 3 días contados a partir de la notificación de esta decisión, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR verifique en su planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia del cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17 al que concursó LUZ MARY DÍAZ GARCÍA, con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO).

Acto seguido, de hallarlos, en el término de tres días hábiles contados a partir de realizado lo anterior, solicitará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el uso de la lista de elegibles donde LUZ MARY DÍAZ GARCÍA ocupó el segundo lugar. La CNSC informará dentro de los tres días hábiles siguientes si LUZ MARY DÍAZ GARCÍA cumple los requisitos para el uso de su lista en los cargos que hayan sido identificados como equivalentes a aquel al que concursó, y definirá la tarifa que debe pagar el ICBF por tal uso. Dentro de los tres días hábiles siguientes de obtenido el concepto favorable, el ICBF expedirá el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal por la suma que soporta su uso, el cual enviará dentro de los tres días siguientes a la CNSC quien expedirá la autorización de uso de la lista de elegibles en otros tres días.

Una vez la CNSC realice tal actividad, el ICBF contará con tres días hábiles para informar a LUZ MARY DÍAZ GARCÍA las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una, para la cual ésta contará con diez días, elección con base en la cual el ICBF expedirá la respectiva resolución de nombramiento en periodo de prueba en un término de tres días, y a partir de allí se adelantarán los trámites de aceptación y posesión y demás necesarios para concretar el derecho,

[60] Folio 96.

de acuerdo con el Decreto 1083 de 2015 y demás normas aplicables. Tal itinerario de sintetiza así:

RESPONSABLE/ ACCIÓN	**TÉRMINO MÁXIMO**
ICBF: Verifica planta global/actualiza SIMO	3 días
ICBF: Solicita a CNSC el uso de la lista de elegibles donde LUZ MARY DÍAZ GARCÍA	3 días
CNSC: Informa si LUZ MARY DÍAZ GARCÍA cumple requisitos/ define tarifa de uso	3 días
ICBF: Expide CDP	3 días
ICBF: Envío de CDP a CNSC	3 días
CNSC expide autorización de uso	3 días
ICBF informa a LUZ MARY DÍAZ GARCÍA las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una	3 días (a partir de comunicación de autorización de uso por la CNSC)
LUZ MARY DÍAZ GARCÍA informa vacante de su preferencia	10 días
ICBF expide resolución de nombramiento en periodo de prueba	3 días

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

SOBRE EL DERECHO DE PETICIÓN.-

1.- El derecho fundamental de petición, está normado en el artículo 23 de la Constitución Política, el artículo 24 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y por la ley 1755 de 2015 y consiste en que *"toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución" (…)*

Entendiéndose satisfecha la respuesta al derecho de petición, cuando se cumplen los requisitos de: 1.- pronta su resolución, 2.- respuesta de fondo y 3.- notificación de la respuesta[61].
En sentencias C-818 de 2011 y C-951 de 2014, nuestra Corte Constitucional indicó que:

> "**(ii)** La **respuesta de fondo** hace referencia al deber que tienen las autoridades y los particulares de responder materialmente a las peticiones realizadas. Según esta Corte, para que no se vulnere el derecho fundamental de petición, la respuesta debe observar las siguientes condiciones: a) **claridad**, esto es que la misma sea inteligible y que contenga argumentos de fácil comprensión;

[61] Corte Constitucional, sentencia T-007 de 2017.

> b) **precisión**, de manera que la respuesta atienda directamente a lo solicitado por el ciudadano y que se excluya toda información impertinente y que conlleve a respuestas evasivas o elusivas; c) **congruencia**, que hace referencia a que la respuesta esté conforme con lo solicitado; y por último, d) **consecuencia** en relación con el trámite dentro del cual la solicitud es presentada, "de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición elevado dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o *ex novo*, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente".

2.- LUZ MARY DÍAZ GARCÍA presentó derecho de petición el 30 de enero de 2020 ante la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, si bien no existe prueba de haberse radicado dicha petición, así fue aceptado por las entidades accionadas, escrito que en el aparte respectivo solicita:

> 1. Se sirva informarme cuántas vacantes correspondientes al cargo PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 están pendientes de proveer en propiedad con base en las listas de elegibles existentes de la convocatoria 433 de 2016 y su ubicación geográfica, de conformidad con lo previsto en la ley 1960 de 2019, teniendo en cuenta que el mismo fue convocado a concurso y la lista se encuentra vigente.
>
> 2. Si dichas vacantes ya fueron ofertadas en la OFERTA PÚBLICA DE EMPLEOS.
>
> 3. Que se proceda con carácter urgente, dado que la vigencia de Las listas está por finalizar, a conformar la lista general de elegibles, para proceder a proveer las vacantes definitivas existentes respecto al cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 para el que concursé, dado que las vacantes territoriales ya fueron cubiertas, y enviarla a las respectivas seccionales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, o en su lugar convocar a una audiencia pública con tal fin.
>
> 4. Ofertar las plazas que quedaron vacantes para proveer el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que fueron creadas mediante el decreto 1479 de 2017 y que conforme a la Ley 1960 de 2019 deben ser provistas con las listas vigentes, así como las que fueron ofertadas y no cubiertas por diferentes circunstancias, con el fin de quienes la conformamos, podamos optar por una de ellas, en las que deben incluirse las que fueron declaradas desiertas por esa Comisión mediante Resolución 20182230162005 del 4 de diciembre de 2018.

> 5. Que se proceda a efectuar el nombramiento de la suscrita en periodo de prueba en una de las vacantes del cargo PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 código 2028, en consideración a que participé y superé a cabalidad todas las etapas del concurso.
>
> 6. Si es el caso, se convoque a una audiencia de escogencia de las plazas vacantes[62].

Petición a la que se dio respuesta por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR mediante oficio de fecha 25 de febrero de 2020[63], abordando el tema de la solicitud de nombramiento y los empleos equivalentes.

Respuesta que, verificada con los interrogantes planteados por la Accionante resulta incompleta, dado que se omitió dar respuesta a las dos primeras solicitudes, las que son claras e identificables, encontrándose una falta de respuesta de fondo por ausencia de precisión.

A su turno, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL dio respuesta al derecho de petición mediante oficio 20201020238471 del 27 de febrero de 2020[64], en el que indicó "*que si Usted no alcanzo el puntaje requerido para ocupar una de las posiciones meritorias en la lista de elegibles para proveer el empleo Nro. 38694, se encuentra por el momento en espera que se genere una vacante del mismo empleo durante la vigencia de la precitada lista, esto es, hasta el 5 de junio de 2020. (…) En lo concerniente, a las preguntas 1,2,3 y 4 su solicitud, la administración de la planta de personal, es competencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, por lo que deberá ser este el encargado de comunicarle la información frente a las vacantes definitivas que se generaron posteriormente al desarrollo de la Convocatoria Nro. 433 de 2016 y el estado en que se encuentran provistas*"

Frente al uso de lista de elegibles indicó el procedimiento para llegar a tal fin e informó que hasta ese momento no existía solicitud de uso de lista de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado No. 38694.

Respuesta que resuelve lo solicitado por la Accionante al haberse dado respuesta a todos los interrogantes, independientemente de no haber sido positiva para lo pretendido.

---

[62] Folio 28 y ss.
[63] Folio 49 y ss.
[64] Folio 53 y ss.

Dadas las anteriores consideraciones, también se revocará el numeral segundo del fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Civil Laboral del Circuito de Pamplona, y en su lugar, se TUTELARÁ el derecho fundamental de petición de la accionante LUZ MARY DÍAZ GARCÍA, en atención a que la respuesta dada por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR no resolvió de fondo y de manera completa y congruente la petición de la accionante.

En mérito de lo expuesto, la SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Civil Laboral del Circuito de Pamplona el 20 de mayo de 2020, y en su lugar tutelar los derechos fundamentales de petición, debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos por el sistema de méritos, conforme la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: INAPLÍCAR por inconstitucional *el "criterio unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019"*, emanado de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el 16 de enero de 2020.

TERCERO: ORDENAR que en el plazo de 3 días contados a partir de la notificación de esta decisión, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR verifique en su planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia del cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17 al que concursó LUZ MARY DÍAZ GARCÍA, con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO).

Acto seguido, de hallarlos, en el término de tres días hábiles contados a partir de realizado lo anterior, solicitará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el uso de la lista de elegibles donde LUZ MARY DÍAZ GARCÍA ocupó el segundo lugar.

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

Una vez la CNSC realice tal actividad, el ICBF contará con tres días hábiles para informar a LUZ MARY DÍAZ GARCÍA las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una, para la cual ésta contará con diez días, elección con base en la cual el ICBF expedirá la respectiva resolución de nombramiento en periodo de prueba en un término de tres días, y a partir de allí se adelantarán los trámites de aceptación y posesión y demás necesarios para concretar el derecho, de acuerdo con el Decreto 1083 de 2015 y demás normas aplicables. Tal itinerario de sintetiza así:

RESPONSABLE/ ACCIÓN	**TÉRMINO MÁXIMO**
ICBF: Verifica planta global/actualiza SIMO	3 días
ICBF: Solicita a CNSC el uso de la lista de elegibles donde LUZ MARY DÍAZ GARCÍA	3 días
CNSC: Informa si LUZ MARY DÍAZ GARCÍA cumple requisitos/ define tarifa de uso	3 días
ICBF: Expide CDP	3 días
ICBF: Envío de CDP a CNSC	3 días
CNSC expide autorización de uso	3 días
ICBF informa a LUZ MARY DÍAZ GARCÍA las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una	3 días (a partir de comunicación de autorización de uso por la CNSC)
LUZ MARY DÍAZ GARCÍA Informa vacante de su preferencia	10 días
ICBF expide resolución de nombramiento en periodo de prueba	3 días

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

CUARTO: ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas posteriores a la notificación de la presente decisión, proceda, según su competencia, a dar respuesta de fondo y

congruente con lo pedido en los numerales primero y segundo del derecho de petición de fecha 30 de enero de 2020 radicado por LUZ MARY DÍAZ GARCÍA.

QUINTO: COMUNICAR lo decidido a los interesados, de la forma prevista por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, PUBLICAR en la página *web* de dichas entidades la presente decisión, con el fin de notificar a los terceros interesados y vinculados.

SÉPTIMO: REMITIR la actuación procesal a la Corte Constitucional para su eventual revisión una vez se dé la instrucción al respecto.

La presente decisión fue discutida y aprobada en sala virtual el treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS
Magistrado

JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO
Magistrado

JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

Departamento de Boyacá
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE SANTA ROSA DE VITERBO
"Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación"
Ley 1128 de 2007
SALA ÚNICA

ACTA DE DISCUSIÓN DE PROYECTOS No. 068

En Santa Rosa de Viterbo, a los veinticinco (25) días del mes de junio de dos mil veinte (2020), se reunieron los suscritos Magistrados integrantes de la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial, LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO, JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL y EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA, quien preside el acto como Magistrado Ponente, con el fin de discutir el siguiente proyecto:

1.- ACCIÓN DE TUTELA No 15238-31-04-002-2020-00002-01 de LUIS ORLANDO BUITRAGO SÁNCHEZ contra ICBF, CNSC y OTROS. Abierta la discusión, se dio lectura al mencionado proyecto, el cual fue aprobado por unanimidad.

En constancia se firma por los intervinientes.

EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado Ponente

LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada

JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

Departamento de Boyacá

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE SANTA ROSA DE VITERBO
"Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación"
Ley 1128 de 2007

SALA ÚNICA

CLASE DE PROCESO	:	TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
RADICACIÓN	:	15238-31-04-002-2020-00002-01
ACCIONANTE	:	LUIS ORLANDO BUITRAGO SÁNCHEZ
ACCIONADO	:	ICBF, CNSC y OTROS
DECISIÓN	:	REVOCA
APROBACIÓN	:	ACTA DE DISCUSIÓN N° 68
MAGISTRADO PONENTE	:	EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

Santa Rosa de Viterbo, veinticinco (25) de junio de dos mil veinte (2020).

ASUNTO A DECIDIR:

La impugnación formulada por el accionante, en contra de la sentencia del 18 de mayo de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Duitama.

PRETENSIONES Y HECHOS DE LA DEMANDA DE TUTELA:

LUIS ORLANDO SÁNCHEZ BUITRAGO presentó demanda de tutela en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DEL BIENESTAR FAMILIAR –ICBF- y de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, en adelante CNSC, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a cargos públicos, presuntamente transgredidos en virtud de la negativa de la entidad a realizar su nombramiento en propiedad como Defensor de Familia Grado 17.

Pretende el accionante que, previa tutela de sus derechos fundamentales, se ordene al ICBF y a la CNSC adelantar todas las actuaciones administrativas necesarias para que, haciendo uso de la lista de elegibles conformada mediante resolución N° CNSC20182230072545 del 17-07-2018 sea nombrado en periodo de prueba en el cargo de Defensor de Familia, Código 2125, grado 17, asignado al Centro Zonal Duitama.

Funda la demanda, en síntesis, en los siguientes hechos:

1.- LUIS ORLANDO SÁNCHEZ BUITRAGO ingresó a laborar en el ICBF el 09 de febrero de 2010, como Defensor de Familia en provisionalidad en el Centro Zonal Ciudad Bolívar y luego trasladado al Centro Zonal Duitama.

2.- En el mes de septiembre de 2016 la CNSC convocó a concurso de méritos para proveer las vacantes definitivas de la planta de planta de personal del ICBF, por lo que se inscribió para concursar por el cargo identificado con código OPEC N° 34248 donde ofertaron 06 Vacantes de Defensor de Familia para el Centro Zonal de Duitama.

1.3.- Mediante Resolución N° 20182230072545 del 17 de julio de 2018 la CNSC para el cargo al que concursó, obteniendo un puntaje de 73.08 que lo ubicó en la casilla 09, de los cuales se encuentran nombrados los concursantes ubicados hasta la casilla N° 08, lo que lo hace que se encuentre primero en la lista de elegibles, esto teniendo en cuenta que, con resolución No. 11806 del 19 de diciembre de 2019, el ICBF nombró en periodo de prueba a ROSA ALEGRÍA MUÑOZ RICO, quien había quedado en el puesto 08 de la lista. Advierte que la referida lista de elegibles tiene vigencia de dos años.

3.- El 22 de Noviembre de 2018 la CNSC, expidió la Resolución No, CNSC-20182230256785, mediante la cual revocó el artículo 4º de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidos con ocasión de la convocatoria No. 433 de 2016, que establecía que *"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 méritos 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 n los mismos empleos convocados"*

4.- Como consecuencia de lo anterior, el ICBF no pudo utilizar la lista de elegibles contenida en la resolución N°20182230072545 del 17 de Julio de 2018 en la que el accionante se encuentra en turno, ante el nombramiento de quienes ocupan las primeras ocho casillas.

5.- El Gobierno expidió el Decreto 1479 de 2017, por medio del cual "*se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del ICBF"*, suprimiendo 328 cargos de carácter temporal, cuya denominación era Defensor de Familia código 2125 grado 17, y creó los mismos 328

con carácter permanente, determinando que debían proveerse siguiendo el procedimiento establecido en el Decreto Ley 909 de 2004; asimismo, estableció que el Director General del ICBF, mediante resolución distribuiría los empleos de la planta global ya mencionados y ubicaría al personal teniendo en cuenta la estructura, los procesos, los planes, los programas y necesidades de la entidad.

6.- El 05 de septiembre de 2017 el ICBF expidió la resolución N° 7746 a través de la cual se reorganizó la planta de persona y se crearon 5 cargos denominados: Defensor de Familia, código 2125, grado 17 para el ICBF-Regional Boyacá; igualmente, se expidió la resolución N° 7781 mediante la cual se realizaron unos nombramientos de provisionalidad respecto de los cargos creados por el Gobierno en el Decreto 1479 de 2017.

7.- Asegura el accionante que, frente a los 5 cargos creados para la Región Boyacá, solo fueron provistos 3, quedando vacantes 2 cargos, uno de ellos en la ciudad de Duitama, que actualmente también se encuentra vacante, ya que la persona que se encontraba en ese puesto fue nombrada en propiedad.

8.- El 27 de junio de 2019 se expidió la Ley 1960, que modificó la ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998, estableciendo que el artículo 31 de la mencionada Ley 909 quedaba así: *"Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad"*

9.- El 1º de agosto de 2019 se aprobó y se expidió el criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, estableciéndose que las listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria, y que el 22 de noviembre de 2019 la CNSC emitió aclaración sobre dicho criterio, donde se precisó que la expresión vacantes ofertadas cobija tanto a los que fueron objeto del proceso de selección como para los que se generen con posterioridad y que corresponden a los mismos empleos.

10.- Teniendo en cuenta lo anterior, el accionante presentó derecho de petición al ICBF el 20 de Febrero de 2020, por medio del cual requirió que se realizara la actuación administrativa correspondiente y solicitara al CNSC autorización del uso directo de la lista de elegibles, para que fuera nombrado en periodo de prueba en el cargo de Defensor de Familia en el Centro Zonal de Duitama, ya que existía una vacante definitiva creada con posterioridad a la convocatoria 433 de 2016 y que su lista de elegibles estaba vigente cuando se expidió la nueva ley, petición que fue negada bajo el argumento de que no le es aplicable la Ley 1960, ya que los acuerdos de la convocatoria 433 de 2016 fueron aprobados con anterioridad al 27 de Junio de 2019.

11.- En la página de la Comisión Nacional del Servicio Civil se indican las próximas convocatorias para el 2020, por lo tanto, considera necesario ejercer ésta acción para evitar que sus derechos queden irremediablemente afectados.

ACTUACIÓN PROCESAL

1.- El conocimiento del asunto correspondió por reparto, al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, judicatura que, mediante auto de 11 de febrero de 2020, admitió la demanda de tutela y corrió traslado de la misma a las entidades accionadas.

2.- Surtido el Trámite procesal, en sentencia de fecha 24 de febrero de 2020 negó por improcedente la demanda de tutela, decisión que fue recurrida en apelación por el accionante.

3.- Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto de fecha 27 de marzo de 2020, con ponencia de la Magistrada Gloria Inés Linares Villalba, se declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del fallo de primera instancia, con el objeto de que se vinculara al trámite constitucional a todas las personas que integran la Lista de Elegibles para proveer las vacantes del empleo identificado con el código OPEC No. 34248, denominado Defensor de Familia, Código 2125, grado 17, del sistema General de Carrera Administrativa del ICBF, de la convocatoria No. 433 de 2016

4.- Devueltas la diligencias al Juzgado de origen, en auto del 06 de mayo de 2020 se dio cumplimiento a lo ordenado y se dispuso la vinculación de todos los integrantes de la referida lista de elegibles, corriéndoles traslado de la demanda y sus anexos para que ejercieran su derecho de defensa.

5.- Tanto las accionadas como los vinculados se pronunciaron de la siguiente manera:

5.1.- El **ICBF** solicitó que se negara la demanda por improcedente, toda vez que la misma no cumple con el presupuesto de subsidiariedad para su trámite, en tanto, el actor cuenta con medios de defesa ordinarios para la obtención de sus pretensiones; asimismo, señaló que, en el eventual caso de que se estudiara de fondo la demanda, la misma no podía ser favorable, pues la lista de elegibles de la que hace parte el accionante no le es aplicable la Ley 1960 de 2019, de suerte que con aquella solo se pueden proveer los cargos ofertados al momento de darse apertura a la convocatoria y no los queso se creen con posterioridad

5.2.- La **CNSC** señaló que, aunque desconoce los trámites que adelantó el ICBF respecto a su planta de personal, en el caso del accionante no era posible su nombramiento en propiedad, toda vez que el concurso al que se presentó tenía por objeto proveer seis vacantes y él ocupó el puesto 9 en la lista; asimismo indicó que el ICBF informó que ya se efectuó el nombramiento en periodo de prueba y posesionados en el empleo con código 34248 y que el nombramiento de las personas ubicadas en los lugares 7 y 8 de la lista, obedeció por renuncia y derogatoria, respectivamente, de dos de los seis nombramientos efectuados, advirtiendo que los elegibles que no alcanzaron el puntaje requerido para ocupar la posición meritoria para proveer el empleo Nº 34248, se encuentran en espera de que se genere una vacante del mismo empleo durante la vigencia de la lista, esto es, hasta el 30 de julio de 2020.

En lo que hace a la solicitud del accionante, adujo que el 16 de enero de 2020 se emitió criterio unificado de parte de la comisión *'Uso de la lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019"* en el cual se estableció que las listas de elegibles conformadas por la CNSC y las que se expidan el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019 deben usarse durante su vigencia, para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que corresponda a los mismos empleos, indicó que para hacer uso de la lista de elegibles sobre los mismos empleos ofertados, advirtiendo que desconoce si la entidad cuenta con dichas vacantes.

5.3.- **MANUEL ORLANDO MENA ZAPATA**, a pesar de no hacer parte de la lista de elegibles y tras la comunicación que de la acción constitucional se efectuó en la respectiva página web, se pronunció sobe la acción constitucional precisando que debían ser amparados los derechos fundamentales del accionante, toda vez que las decisiones de las entidades accionadas trasgredían de manera flagrante sus garantías

fundamentales; y aunque precisó no tener interés particular en esta acción constitucional, indicó que hacía parte de la lista de legibles para ocupar un cargo homólogo al del accionante en la ciudad de Cali, por lo que estimó que cualquier decisión en tal sentido podría ser trascendental para la protección de sus derechos.

5.4.- Por su parte, **DINA MARGARITA RUIZ MARTÍNEZ** se opuso a la prosperidad de la demanda de tutela, tras estimar que al señor SÁNCHEZ BUITRAGO no le asiste ningún derecho para ser nombrado como Defensor de Familia, diferente a las que fueron ofertadas al interior de la convocatoria N° 433 de 2016, aunado a que con ello se pretende perjudicar los derechos fundamentales de los defensores de familia que desempeñan el empleo en provisionalidad, aplicando una ley de manera retroactiva.

5.5.- **CAROLA ROJAS TAFUR**, a través de agente oficioso, dio respuesta a la acción de tutela, precisando que la misma no cumple con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad requeridos para su procedencia, por lo que solicitó que la misma se despachara de manera desfavorable; igualmente, indicio que no era procedente la aplicación de la Ley 1960 de 2019 e indicó que, en su caso particular, ha estado vinculada con el ICBF desde el año 2000 en provisionalidad, actualmente cuenta con 63 años de edad y presenta condiciones especiales de salud, por lo que ostenta un retén social como pre pensionable.

Los demás vinculados guardaron silencio sobre el particular.

SENTENCIA IMPUGNADA:

Mediante sentencia del 18 de mayo de 2020, el El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama negó por improcedente la demanda de tutela, tras considerar que el accionante no probó que se hayan configurado circunstancias excepcionales que permitan la intervención del operador judicial, por lo que señaló que no había excusa que justificara el hecho de no haber recurrido al medio de defensa idóneo, expedito u oportuno, ni logró demostrar la existencia de un perjuicio inminente, urgente, grave e impostergable, para ventilar la controversia.

DE LA IMPUGNACIÓN:

Inconforme con la anterior sentencia, el señor LUIS ORLANDO SÁNCHEZ BUITRAGO formuló impugnación, con la pretensión de que se revoque la decisión proferida y, en su lugar, se amparen sus derechos fundamentales, en síntesis, por los siguientes argumentos:

1.- el Juzgado de primera instancia no realizó un estudio riguroso de los argumentos en que se fundamentó la acción, pues lo que está solicitando es la aplicación de la Ley sin atacar un acto administrativo en concreto, de suerte que la acción de tutela era procedente.

2.- En su caso particular, se está causando un daño irreparable, en tanto, el funcionario judicial no estimó que el principio de retrospectividad de la Ley le era aplicable como quiera que la lista de elegibles de la que hace parte se encuentra vigente.

3.- insiste en que, actualmente, existen 4 o 5 fallos de tribunales en los que se han tutelado por circunstancias similares a las suyas, los que pueden llegar a tener efectos *inter-comunis*. Al ser incluido en una lista de elegibles que a la fecha se encuentra vigente, ostenta un derecho subjetivo adquirido, el que no ha podido materializarse por la falta de nombramiento.

LA SALA CONSIDERA:

1.- De la acción de Tutela:

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció la tutela como una acción que tiene toda persona para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en los casos establecidos en la ley; pero que sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

A partir de la anterior definición constitucional se deducen las características o requisitos esenciales de procedencia de la protección de un derecho en sede de este procedimiento, a saber, ***(i)*** que se trate de un derecho fundamental, ***(ii)*** que ese derecho esté siendo vulnerado o amenazado, ***(iii)*** que no exista otro mecanismo de defensa judicial, principio de subsidiariedad y, ***(iv)*** que en caso de existencia de otro medio,

deba ser utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En cualquier caso, con mayor o menor profundidad según las necesidades, deberán ser tratados los anteriores aspectos.

2.- El problema jurídico

En el presente asunto, debe establecerse si el ICBF y la CNSC han vulnerado los derechos fundamentales de la accionante al no realizar su nombramiento en periodo de prueba como Defensor de Familia código 2125 Grado 17, a pesar de que se encuentra incluido en la lista de elegibles de la convocatoria N° 433, efectuada para proveer en carreara el cargo de defensor de Familia

3.- Procedencia de la acción de tutela

Como se indicó en precedencia, no existe duda que la procedencia de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales, se encuentra limita a la inexistencia de mecanismos ordinarios de defensa que permitan la protección de tales garantáis; de ahí que, por regla general esta acción constitucional no procede para ventilar asuntos cuyo conocimiento le has sido diferido a jurisdicciones específicas como la contencioso administrativa.

A pesar de lo anterior, atendiendo ciertas circunstancias especiales, el análisis de subsidiariedad se hace más flexible en algunos casos en concreto que, por la importancia que revisten y la naturaleza del derecho a proteger, hacen inminente la intervención del juez constitucional.

Así, en tratándose del nombramiento de una persona que se encuentra en lista de elegibles para proveer un cargo en propiedad, ha admitido el máximo tribunal constitucional que la tutela procede parta la protección de los participantes que tienen derecho a ser nombrados en propiedad en virtud de un concurso de méritos, así lo ha entendido el máximo Tribunal Constitucional:

“la Corte considera que existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor,

quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos".

Caso asimilable al propuesto en este asunto, pues la persona que sigue directamente en lista para nombramiento, según se acreditó, es el aquí accionante; asimismo, la trascendencia de esta decisión recae en el hecho incontrovertible de que la lista de elegibles de la que hace parte el señor SÁNCHEZ BUITRAGO se encuentra próxima a perder vigencia, lo que hace inminente, riesgo que el derecho que considera ostentar no pueda verse materializado, situación que para esta Corporación hace procedente la demanda de tutela.

4.- Del derecho de acceso a cargos públicos

El artículo 40 de la Constitución Nacional, establece el derecho que tienen todos los ciudadanos colombianos a participar en la conformación, ejercicio y control de poder político, derecho que se materializa, entre otros, con la posibilidad de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos en las entidades del orden nacional. El derecho a la carrera administrativa fue ampliamente desarrollado por la Ley 909 de 2004, a través de la cual se expidieron las normas regulatorias el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, previendo como principios rectores de la función pública, la igualdad, el mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.

De amplia relevancia resulta hacer mención al mérito como el principio fundamental orientador de los nombramientos en cargos públicos, artículo 125 de la Constitución Política[1], en tanto, debe ser este el principio que debe primar al momento de proveer los cargos en el sector estatal; de ahí que el acceso a cargos públicos, en nuestro ordenamiento jurídico, deba ser considerado como un derecho de carácter fundamental que se encuentra protegido en todas su esferas por las autoridades judiciales, para que no exista ningún tipo de limitación en su acceso. Al respecto ha señalado la Corte Constitucional:

[1] ***ARTICULO 125.*** *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.

"En cuanto al alcance del derecho a acceder a cargos públicos, esta Corporación desde sus inicios ha destacado el carácter fundamental de dicho derecho. Así, en la sentencia T-003 de 1992, la Corte señaló al respecto:

"El derecho específico al ejercicio de cargos y funciones públicas merece protección, a la luz de la Constitución Colombiana, no únicamente por lo que significa en sí mismo sino por lo que representa, al tenor del artículo 40, como medio encaminado a lograr la efectividad de otro derecho -genérico- cual es el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a objeto de realizar la vigencia material de la democracia participativa.
(…)
En cuanto al ámbito de protección del derecho de acceso a cargos públicos como derecho fundamental, la Corte en la sentencia SU-339 de 2011, hizo referencia a las distintas dimensiones que entran en la órbita de protección de dicho derecho. En palabras del Alto Tribunal:

*"la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que entran dentro del ámbito de protección de este derecho (i) **la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo**, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos, (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupen un cargo público". (Subrayado fuera del texto).*
(…)
A manera de conclusión se tiene que, el derecho de acceder a cargos públicos, consiste en la posibilidad que tienen los ciudadanos de presentarse a concursar para proveer dichos cargos, una vez se hayan cumplido los requisitos previstos en la convocatoria para postularse.
Este derecho implica protección a favor de los ciudadanos en el sentido de que las decisiones estatales no pueden arbitrariamente impedirles acceder a un cargo público, así como tampoco pueden estar encaminadas a desvincularlos de manera arbitraria del mismo, ni mucho menos les está dado impedirles arbitrariamente el ejercicio de sus funciones"[2].

Ahora bien, en lo que hace al proceso de selección de los aspirantes a cargos públicos, la misma Ley 909 de 2004 regulada una de las etapas que deben surtirse para la provisión de cargos de carrera, que deben darse por norma general a través del concurso de méritos, el cual es administrados salvo disposiciones especiales, por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Al respecto, en la sentencia SU-913 de 20019, la Corte Constitucional analizó cada una de las etapas correspondientes al concurso de méritos, así:

*"1. **Convocatoria**. … es 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. (Subrayas fuera de texto).*
*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.*

[2] Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-257 de 2012.

La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.
*4. **Listas de elegibles**. Con los resultados de las pruebas…se elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con ésta 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.*
"Aprobado dicho período, al obtener evaluación satisfactoria, el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente".

En ese orden de ideas, las personas que conforman la lista de elegibles, luego de haber superado las etapas correspondientes, debe ser nombradas, a través del respectivo acto administrativo, en los cargos para los cuales concursaron y a los cuales tiene derecho a acceder, de suerte que en firme la lista debe procederse de conformidad, salvo que exista disposición legal que impida su nombramiento. Así lo señala la Corte Constitucional en la misma sentencia referida en precedencia:

Ahora bien, para que este derecho pueda ejercerse de manera efectiva, es necesaria la concurrencia del acto de nombramiento, en virtud del cual el Estado designa en cabeza de una persona, las funciones, deberes y responsabilidades propias del cargo, y la posesión, que es el hecho por el cual la persona asume esas funciones, deberes y responsabilidades.

Entonces, al ser el derecho de acceso a cargos públicos una garantía cuyo ejercicio depende de la posesión, negarla a un ciudadano ya nombrado o elegido -a no ser que falte alguno de los requisitos legales- implica la violación del derecho en cuanto imposibilita su ejercicio.

5.- Caso en concreto

En el presente asunto, el señor LUIS ORLANDO SÁNCHEZ BUITRAGO reclama la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad y al acceso a cargos públicos, presuntamente vulnerados por el ICBF y la Comisión Nacional del Servicio Civil, ante la negativa de efectuar su nombramiento en propiedad como Defensor de Familia Grado 17 de la referida entidad.

Verificadas las pruebas obrantes en el plenario sí como la información que sobre el particular reposa en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil, se encuentran probadas las siguientes circunstancias de relevancia para el asunto: (i) el señor SÁNCHEZ BUITRAGO participó en la convocatoria N° 433 de 2016, dispuesta para la provisión de 2.470 empleos vacantes de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, la que fue convocada a través de la CNSC; (ii) el accionante se inscribió como concursante para proveer empleo de carrera, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 el que en ese momento

contaba con seis vacante; (iii) el accionante superó todas las pruebas previstas para el concurso y, por ello, el 17 de julio de 2018 la CNSC profirió la resolución N° CNSC - 20182230072545, por la cual se conformó y adoptó "*la lista de elegibles para proveer seis (6) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 34248, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF"* lista en la que el señor SÁNCHEZ BUITRAGO ocupó el puesto N° 09; (iv) La lista de elegibles se encuentra en firme.

A partir de lo anterior, es claro que el señor SÁNCHEZ BUITRAGO hace parte de una lista de elegibles que se generó para proveer seis cargos de carrera como Defensor de Familia Grado 17 que se encontraban vacantes al momento de dar trámite a la convocatoria, en la ciudad de Duitama.

Ahora bien, el punto central de análisis en este asunto, recae en establecer si al actor le asiste el derecho, como parte de la lista de elegibles, a ser nombrado en el referido cargo de carrera, Defensor de Familia Grado 17 Código 2125, en uno de los cargos creados con posterioridad a la convocatoria N° 433, esto bajo el entendido de que dicho concurso se efectuó para proveer exclusivamente los seis cargos vacantes al momento de la convocatoria.

Para resolver tal cuestionamiento, es importante memorar que el empleo público en Colombia se encuentra regulado por la Ley 909 de 2004 a través de la cual se expidieron normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, disposición legal que, en efecto, guio el trámite correspondiente a la convocatoria N° 433; así, en lo que respecta a las etapas propias del proceso de selección, el artículo 31, de forma general, que la actuación debe surtirse en 4 etapas, correspondientes a: convocatoria, reclutamiento, aplicación de pruebas y conformación de listas, sobre esta última, el numeral 4 del referido artículo contemplaba en su texto original:

> *"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". (*subrayas fuera de texto)

No obstante, en el año 2019 dicha norma fue modificada por la Ley 1960, permitiendo que las listas de elegibles se usaran en estricto orden para proveer no solo las vacantes

ofertadas sino todas aquellas que se generaran con posterioridad, así lo previó el artículo 6° al indicar que el numeral 4° del artículo 31 de la ley 909 de 2004 quedaría así:

> *"4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad".*(subrayas fuera de texto original)

No existe controversia alguna sobre el alcance de la norma referida, pues se sabe que por su intermedio se permitió que la conformación de las listas de elegibles se usara para la provisión de cargos presentes y futuros, y así la misma no se delimitara exclusivamente a los cargos ofertados en la convocatoria; sin embargo, el punto de disenso que motivó la interposición de esta acción constitucional, recae en establecer si dicha norma puede ser aplicable o no a las listas que se encuentran en uso, o si, por el contrario, aquellas deben regirse con el artículo vigente al momento de la convocatoria.

Se trata, entonces, de una discusión que gira entorno a la aplicación de la ley en el tiempo, indispensable para establecer si al accionante le asiste o no un derecho de carácter fundamental como lo es el nombramiento en un cargo público de carrera.

Los artículos 29 y 58 de la Constitución Política contemplan el llamado presupuesto de irretroactividad de la Ley, según la cual, la nueva Ley solo rige hacia el futro de suerte que las situaciones jurídicas consolidadas en vigencia de una norma anterior deberán regularse conforme a la Ley vigente para ese momento; así lo señaló la Corte Constitucional:

> *"Una nueva ley, dispone tal principio fundamental para la seguridad jurídica en el Estado Social de Derecho, no puede regular las situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, y que por tanto resultan incólumes en sus efectos jurídicos, con la fuerza que les presta la ley bajo la cual se constituyeron"*

No obstante, en muchas oportunidades, dependiendo de las situaciones jurídicas que deban determinarse, se ha establecido la posibilidad de aplicación de la Ley a escenarios no consolidados, tal es el caso de la aplicación retrospectiva de la norma. Sobre ella ha indicado la Corte Suprema de Justicia, en cita del Máximo Tribunal Constitucional, considerándola como

> *"[U]n fenómeno de aplicación de la ley en el tiempo excepcional que ocurre cuando se presenta "la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si*

bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva", razón por la cual "(…) no presenta impedimento alguno para que, en los casos en los que la situación jurídica no se ha consolidado o, sus efectos siguen surtiéndose, una nueva norma pueda entrar a regular y a modificar situaciones surtidas con anterioridad a su vigencia"[3]

Precisamente, la Corte Constitucional al análisis de los efectos de la Ley en el tiempo, estimó en Sentencia C-619 de 2001:

4. Con fundamento en las disposiciones superiores anteriormente comentadas, las cuales también estaban consignadas en la Constitución Nacional de 1886 y que delimitan la órbita de libertad de configuración legislativa en la materia, se desarrolló un régimen legal que señaló los principios generales relativos a los efectos del tránsito de legislación, respetando el límite señalado por la garantía de los derechos adquiridos y los principios de legalidad y favorabilidad penal. Dicho régimen legal está contenido en los artículos 17 a 49 de la Ley 153 de 1887 que de manera general, en relación con diversos tipos de leyes, prescriben que ellas rigen hacia el futuro y regulan todas las situaciones jurídicas que ocurran con posterioridad a su vigencia. A contrario sensu, las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Ahora bien, cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ni de derechos adquiridos en ese momento, sino de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata. La aplicación o efecto general inmediato de la ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. El efecto general inmediato de la nueva ley no desconoce la Constitución, pues por consistir en su aplicación a situaciones jurídicas que aún no se han consolidado, no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos.

Al tenor de tales presupuestos, debe decirse que el planteamiento jurídico planteado por el accionante, en efecto, corresponde a una situación fáctica no consolidada sino a una expectativa de materialización de su derecho, a la que sería plenamente aplicable la Ley 1960 de 2019, como se procede a explicar.

No se encuentra en discusión el hecho de que, para el momento de la convocatoria N° 433 de 2016, los cargos vacantes para el cargo de Defensor de Familia Código 2125 grado 17 del Centro Zonal Duitama, en efecto solamente eran seis; ni mucho menos que una vez efectuado el concurso y proferida la lista de elegibles, esta quedó vigente el día 31 de julio de 2018, conforme se verifica en la página web de la CNSC, en la que el aquí accionante ocupó el puesto N° 09 en la lista; sin embargo, el hecho de adquirir firmeza la referida lista no consolida el derecho del actor a acceder al cargo público para el que concursó, pues esto solo ocurre cuando se efectúa el nombramiento o cuando se descarta por completo tal expectativa, como sucede cuando la lista de elegibles pierde vigencia sin haberse llevado a cabo el nombramiento.

[3] Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal STP10491-2019, 06 de agosto de 2019.

Implica lo anterior que, al estar vigente la lista de elegibles, las normas que puedan llegar a afectar el trámite propio de nombramiento le son plenamente aplicables, como ocurre en el evento de la Ley 1960 de 2019, máxime cuando ella lo que está permitiendo es el nombramiento de personas que hacen parte de una lista generada para la provisión de determinado cargo creado con posterioridad al concurso.

Si no se considerara que estamos en trámite de una situación no consolidada a la que le es aplicable la mentada Ley, bastaría tan solo con que el nombramiento de los cargos se efectúe para que inmediatamente el actor pierda su derecho, y entonces tendríamos que decir que en la actualidad el señor SÁNCHEZ carece del mismo, cuando evidentemente ello no es así, pues la expectativa de nombramiento continúa en firme hasta tanto la lista no pierda vigencia.

Para el caso, la creación de nuevos cargos del mismo grado y nivel jerárquico del accionante, Defensor de Familia Código 2125 grado 17 para el Departamento de Boyacá, obliga a su provisión a través del sistema de carrera; pero, concretamente, si los mismos fueron designados al ICBF Centro zonal Duitama para el cual concursó el actor, necesariamente estos deben ser provistos con la respectiva lista de elegibles vigente de la que hace parte el accionante, no solo porque le es aplicable la Ley 1960 de 2019 que permite el nombramiento de cargos creado con posterioridad, sino, especialmente, porque se trata del mismo cargo, mismo nivel y mismo lugar de desempeño de funciones para el que se inscribió el accionante, de suerte que se trata de una lista prevista para la provisión de un cargo de idénticas condiciones.

Lo anterior se refuerza en el hecho incontrovertible de que el artículo 125 de la Constitución Política, advierte que todos los cargos públicos son de carrera, de suerte que la aplicación directa de la Constitución, permitiría el nombramiento de las personas que se encuentren en una lista de elegibles vigente, pues no existiría razón alguna para concluir que, existiendo una lista prevista para un cargo determinado, esta no pueda usarse prevaleciendo.

Así las cosas, de lo probado en este asunto se sabe que, en efecto, a través del decreto 1479 de 2017 se aprobó la creación de 3737 empleos de la planta de personal del ICBF y que, mediante resolución N° 7746 del 05 de septiembre de 2017 dicha entidad procedió a Distribuir los referidos cargos de la planta de personal, previendo cinco cargos de DEFENSOR DE FAMILIA 2125-17 para el Departamento de Boyacá y que de esos cinco cargos, por lo menos, uno de ellos correspondió al Centro Zonal Duitama,

como lo prueba el nombramiento en provisionalidad que se hizo con resolución N° 7781 de 2017.

En ese contexto, lo que se avizora es que luego efectuada la convocatoria N° 433 de 2016, en la que el señor Sánchez Buitrago participó para la provisión de seis vacantes del cargo iidentificado con el Código OPEC No. 34248, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 a desempeñar cargos en la ciudad de Duitama, fueron creados nuevos cargos con el mismo código y algunos de ellos asignados a la misma ciudad donde concursó el actor, de suerte que la existencia de una nueva vacante de idéntica categoría a la concursada, obliga a que, en aplicación del numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, modificada por la Ley 1960 de 2019, se provea con la lista de elegibles vigente a la fecha.

Corolario de lo expuesto, la Sala evidencia que la no utilización de la lista de elegibles vigentes para la provisión y nombramiento de cargos existentes de idéntica categoría y condición trasgrede los derechos fundamentales del accionante, pues se está desconociendo el derecho que tiene a ser nombrado en periodo de prueba; en consecuencia se revocará la sentencia impugnada, ampararán los derechos fundamentales del actor y se ordenará al ICBF que, de manera inmediata, proceda a realizar ante la CNSC todos los trámites necesarios para que se permita hacer uso de la lista de elegibles para el nombramiento en periodo de prueba

D E C I S I Ó N:

En mérito de lo expuesto, la SALA CUARTA DE DECISIÓN DE LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, BOYACÁ, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 18 de mayo de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, dentro de la acción de tutela de la referencia.

SEGUNDO: TUTELAR el derecho fundamental al acceso a cargos públicos del señor LUIS ORLANDO SÁNCHEZ BUITRAGO, conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR que, d entro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, inicie todas las acciones administrativas del caso ante la COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL para que esta autorice el uso de la lista de elegibles conformada mediante RESOLUCIÓN No. CNSC - 20182230072545 DEL 17-07-2018 para que se proceda al nombramiento, en periodo de prueba, de quien sigue en turno, en alguno de los empleos vacantes que corresponden al cargo de Defensor de Familia Código 2125 grado 17 creados mediante Decreto No. 1479 del 4 de septiembre de 2017 y distribuidos mediante Resolución N° 7746 del 05 de septiembre de 2017, siempre y cuando hayan sido asignados al Centro Zonal Duitama.

CUARTO: Notifíquese por el medio más expedito y eficaz y ENVÍESE A LA H. CORTE CONSTITUCIONAL PARA SU EVENTUAL REVISIÓN.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado Ponente

LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada

JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, treinta (30) de abril dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente:	**OMAR EDGAR BORJA SOTO**
Medio de Control	**Tutela Segunda Instancia**
Ref. Proceso	76147-33-33-001-2020-00065-00
Demandante	LUISA MARÍA FLÓREZ VALENCIA
Demandado	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF
Asunto	SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA – Tutela en el marco de concurso de méritos

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA No. _____

I. OBJETO

Decide el Tribunal, a través de la Sala de Decisión conformada por los doctores **ÓSCAR SILVIO NARVÁEZ DAZA**, **EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS** y **OMAR EDGAR BORJA SOTO**, éste último como magistrado ponente, la impugnación interpuesta por la parte actora en contra de la sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1. ELEMENTOS Y PRETENSIÓN.

1.1. Derechos fundamentales invocados: manifiesta que ha sido trasgredido su derecho de petición, igualdad, trabajo, debido proceso y acceso a cargos públicos.

1.2. Pretensión: Solicita se ordene a la CNSC y al ICBF acatar lo dispuesto en la Ley 1960 de 2019 y el criterio unificado de la CNSC del 16 de enero de 2020, para que de forma conjunta se provean las 328 vacantes del denominado cargo DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17, con la lista de elegibles que

integra, 20182230032575.

Que de forma subsidiaria de existir en Cartago, en el Departamento del Valle o en otra región del país una o más vacantes definitivas del cargo DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17, se provean igualmente con la lista de elegibles a la que pertenece.

1.3. Fundamentos de la pretensión: los hechos que sirven de estribo fáctico son los siguientes:

i) Narró la accionante que la CNSC mediante Acuerdo Nro. 2016000001376 del **05/09/16** convocó a concurso de méritos para proveer vacantes de carrera administrativa del ICBF de la **Convocatoria Nro. 433 de 2016** bajo los postulados de la Ley 909 de 2004.

ii) Que se inscribió al cargo identificado con el OPEC Nro. 34820, denominado **Defensor de Familia**, Código 2125, GRADO 17, ubicado en Cartago Valle.

iii) Que entre tanto, se expidió el **Decreto 1479 de 2017** suprimiendo y a su vez, creando cargos permanentes al interior del ICBF, para el caso que importa, 328 Defensores de Familia Código 2125, Grado 17, los cuales fueron distribuidos mediante la Resolución Nro. 7746 del 05 de septiembre de 2017 en todo el territorio nacional. Cargos que al haber sido posteriores a la convocatoria 433 de 2016, no fueron ofertados en tal concurso.

iv) Que de otra parte, la CNSC publicó la Resolución Nro. 20182230062575 del 22 de junio de 2018 para proveer las 05 vacantes del cargo al que se había inscrito, ocupando el puesto Nro. 06, destacándose que todos los 05 primeros elegibles tomaron posesión de cargo.

v) Indicó que la lista contenía un artículo 4° que disponía “dichas listas, serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados” habilitándola para optar por los nuevos cargos creados hasta el 09 de julio de 2020 –fecha de vencimiento de la lista-, empero, el 22 de noviembre de 2018 la CNSC expidió la Resolución Nro. 20182230156785 revocando el artículo 4° de todas las listas de elegibles de la Convocatoria Nro. 433-2016.

vi) Que de otra parte, la CNSC expidió la Resolución Nro. 20182230162005 declarando desiertas algunas vacantes de la Convocatoria Nro. 433, entre ellas, 03 cargos de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17.

vii) Que fue expedida la Ley 1960 de junio de 2019, modificando el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 disponiendo sobre la lista de elegibles que *"Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad."*

viii) Que por su parte la Sala Plena de los Comisionados de la CNSC expidió el Criterio Unificado del 01 de agosto de 2019 *"Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2017"* precisando que lo dispuesto en la Ley 1960 solo resultaba "aplicable a las listas de elegibles para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio".

ix) Narró que no obstante lo anterior, el Tribunal Administrativo del Valle mediante fallo de tutela bajo radicado 76001-33-33-021-2019-00234-01 del 18 de noviembre de 2019, en caso similar al presente respecto de la misma Convocatoria 433, resolvió inaplicar por inconstitucional el criterio unificado de la CNSC al ser restrictivo y en su lugar amparó el derecho de la entonces tutelante ordenando a la CNSC y al ICBF conjuntamente permitirle optar por uno de los nuevos empleos creados en identidad al que se había inscrito.

x) Que sumado a lo anterior, **el 16 de enero de 2020 la Sala Plena de la CNSC** aprobó un nuevo criterio unificado respecto de la Ley 1960 de 2019, estableciendo: *"las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas qua sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos qua integraron Ia Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de Ia respectiva convocatoria* ***y para cubrir nuevas vacantes*** *que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos' entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."*

xi) Que con base en el fallo del Tribunal Administrativo del Valle y especialmente el criterio unificado del CNSC elevó petición ante el ICBF y ante la CNSC para

optar por uno de 328 cargos creados o de los 3 declarados desiertos *(45 en el Valle) todos en provisionalidad*, empero contestando la CNSC ser responsabilidad del ICBF y a su turno, este último indicando que adelantaría las gestiones para el nombramiento pero sin materializar nada.

xii) Destacó que su lista de elegibles pierde vigencia el 09 de julio de 2020 debiendo realizarse todas las gestiones antes de dicho término; que al conformar la lista de elegibles cuenta con una seria expectativa sin que su derecho se haya consolidado con nombramiento alguno, por lo que le resulta aplicable lo dispuesto en la Ley 1960 de 2019.

2. TRÁMITE.

Mediante Auto Nro. 237 del 11 de marzo de 2020 el Juez Primero Administrativo de Cartago admitió la acción de tutela y ordenó notificar a las accionadas.

3. RESPUESTAS ENTIDADES ACCIONADAS.

3.1 INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (fls. 15- 46 Expediente digital - segunda parte)**.** Tildó la acción constitucional de no contar con la trascendencia iusfundamental, así como no atender el requisito de subsidiariedad al no existir perjuicio irremediable.

Indicó que la lista de elegibles de la que hace parte ya se publicó y adquirió firmeza estando en el puesto Nro. 6; que la lista no es cuestionada sino las situaciones nuevas que surgieron con ocasión de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para efectos del nombramiento por las nuevas vacantes; que el ICBF ya le informó a la actora **que procederá** a su nombramiento una vez se surtan las gestiones administrativas correspondientes y una vez que la CNSC apruebe el uso de la lista de elegibles, ello sin desconocerse que igualmente también debe adelantarse el trámite de ascensos al interior de la entidad lo cual debe corresponder al 30% de la oferta disponible.

Destacó que el ICBF no ha vulnerado ningún derecho de la accionante, especialmente cuando solo hasta el **16 de enero de 2020 la CNSC expidió el Criterio Unificado**, reiterando que ello implica procedimientos complejos y trámites presupuestales que se adelantan por el momento.

Relacionó las vacantes definitivas con las que cuenta el ICBF del empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 OPEC (34820) provistas en encargo, provisionalidad, sin proveer y desiertas, y resaltó que la actora debe ser nombrada en el empleo que coincida con todos los criterios de igual denominación, código, grado, asignación básica, propósitos, funciones, ubicación geográfica y grupo de aspirantes atendiendo el criterio de unificación de la CNSC.

3.2 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC. (fls. 47 a 40 expediente digital – segunda parte)

Inició indicando desconocer los trámites adelantados por el ICBF por lo que eligió no decir nada al respecto.

Afirmó que es cierto que la tutelante ocupó el puesto Nro. 6 de su lista de elegibles; lista con la cual se debía proveer 05 vacantes lo cual se adelantó habida cuenta que todos los primeros cinco elegibles fueron nombrados en provisionalidad, por lo que el empleo OPEC 24820 de la Convocatoria 433 se encuentra provisto.

Indicó que los elegibles que no alcanzaron a ser nombrados se encuentran a la espera que se genere una nueva vacante del mismo empleo durante la vigencia de la lista, es decir, hasta el 09 de julio de 2020, por lo que cuentan con una seria expectativa que no se traduce en un derecho adquirido.

Que a la fecha el ICBF no ha realizado solicitud de uso de lista de elegibles para proveer vacantes iguales al empleo ofertado en el OPEC 34820 de conformidad con lo previsto en la Ley 1960 de 2019, destacando que la CNSC no tiene competencia frente a la administración de la planta de personal de la entidad

4. FALLO IMPUGNADO. (fls. 127 a 144 expediente digital – segunda parte).

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartago mediante Sentencia del 02 de abril de 2020 accedió a las pretensiones.

El a quo inició con un recuento fáctico del proceso, para luego establecer lo relativo al marco normativo y jurisprudencial sobre la acción de tutela y los concursos de mérito.

Consideró que en virtud de lo dispuesto en la **Ley 1960 de 2019, el Concepto Unificado de la CNSC del 16 de enero de 2020**, en consonancia con lo resuelto anteriormente el Tribunal Administrativo del Valle, era procedente el amparo solicitado.

En consecuencia, el a quo resolvió tutelar los derechos invocados por la accionante y ordenó al representante legal de la CNSC dentro del término de 48 horas, iniciar los trámites para ofertar los 328 cargos creados en el Decreto 1479 de 2017 para el empleo denominado DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17 ofertado dentro de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF, con el fin de que la accionante ejerciera su opción sin que el cumplimiento superara un mes calendario. De igual forma ordenó la elaboración de la lista de elegibles dentro del término de 15 días, debiendo enviarla una vez en firme al ICBF dentro del término de 5 días; quien a su turno tendría un término de 8 días para efectuar el nombramiento.

5. IMPUGNACIÓN.

5.1 INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF (fls. 150 a 163 expediente digital – segunda parte).

Reiteró su inconformidad ante las pretensiones de la acción destacando no haber vulnerado la entidad los derechos de la actora al habérsele indicado que se procedería a su nombramiento. De igual forma señaló ser improcedente la acción constitucional ante el requisito de subsidiariedad y la inexistencia de un perjuicio irremediable. Precisó el deber de la entidad de adelantar múltiples actuaciones administrativas con compromisos presupuestales sujetos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público por cuanto reprochó como nulitable el no estar vinculado a la acción.

5.2 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (fls. 245 a 251 expediente digital – segunda parte)

Si bien allegó escrito de impugnación, lo cierto es que los argumentos versaron sobre **situaciones fácticas distintas, es decir, otra accionante y otro cargo** en discusión; no obstante, dejó entrever el reproche de la utilización de lista de elegibles para cargos creados con posterioridad a las convocatorias iniciales.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. COMPETENCIA.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Decisión del Sistema Oral, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 de la Carta Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente para conocer en segunda instancia de la impugnación del fallo de tutela.

2. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

2.1. Derechos fundamentales vulnerados: La Sala analiza los derechos fundamentales del debido proceso y acceso a cargos públicos.

2.2. Legitimación activa.

El art. 86 constitucional establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentran amenazados podrá interponer acción de tutela a través de un representante o en nombre propio. De lo anterior se desprende que hay diferentes formas para que se configure la legitimación por activa, entre las que se encuentran las siguientes[1]: a) cuando la interposición de la acción se realiza a través de apoderado judicial, b) cuando quien lo hace es el representante legal, ya sea de una empresa o de un menor de edad, de un interdicto, etc., c) cuando el afectado de manera directa propugna por sus derechos; d) y cuando se realiza a través de agente oficioso.

En el sub lite se da cumplimiento al literal c) dado que la actora solicita en nombre propio el amparo de los derechos fundamentales que considera le están siendo vulnerados.

2.3. Legitimación pasiva.

En la acción de tutela, la legitimación por pasiva corresponde a quien se le indilga la afectación de derechos constitucionales, procediendo contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente contra particulares, conforme al artículo 86 superior y artículo 1ro del Decreto 2591 de 1991.

---

[1] T-950 de 2008.

En el presente, se dirige en contra de la CNSC y el ICBF, los cuales se encuentran legitimados para esgrimir los argumentos de defensa, toda vez que la CNSC adelantó el proceso concursal para proveer las vacantes del ICBF en el marco de la Convocatoria Nro. 433 de 2016, en la cual la aspirante optó por un cargo que posteriormente fue nuevamente dispuesto para el ICBF aspirando por tanto la accionante la modificación y aplicación de la lista de elegibles ante las nuevas circunstancias.

2.4 Subsidiariedad.

Desde el punto de vista procesal, resulta imperativo para la Sala verificar los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela, habida cuenta que el presente asunto versa sobre un concurso de méritos.

Como es bien sabido, la acción de tutela fue concebida por el constituyente como una figura especial, revestida de unas características particulares, una de las cuales representa la subsidiariedad, es decir, dicha acción al estar encaminada a la protección inmediata de los derechos fundamentales no tiene la misma connotación que una acción ordinaria precisamente por su especialidad, por lo que la misma solo resulta procedente cuando se hayan agotado todas las vías ordinarias en aras de proteger el derecho fundamental conculcado, o cuando se está en presencia de un perjuicio irremediable fundado, haciendo procedente el amparo como mecanismo transitorio.

Así, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 que reglamentó la acción de tutela, dispone lo siguiente:

> "**Artículo 6º -** Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:
>
> **1.** Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla 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 el solicitante. (…)" (Subraya la sala)

De modo que, la acción de tutela comporta una naturaleza de carácter subsidiario, pues para su interposición debe acreditar gel accionante que los demás medios judiciales sean inexistentes o ineficaces y además de que se encuentre en un

estado de indefensión debido al perjuicio irremediable que lo acompaña, de esta manera, la invocación a los estrados de la mentada acción constitucional es loable, dado que el núcleo esencial de la misma atañe a la protección de los derechos fundamentales que sean vulnerados.

Respecto a los concursos de méritos y la procedencia de la acción de tutela, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación Nro. 011 del 08 de marzo de 2018, indicó:

> "En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en principio, la acción de tutela es improcedente. No obstante, ha señalado que los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa, bien sea a través de los medios de control de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho, no son los mecanismos idóneos y eficaces para proteger los derechos de los participantes del concurso de méritos, puesto que no es un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces, debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación desproporcionada de la vulneración de garantías fundamentales."

En consecuencia, pese a existir *en principio* mecanismos de defensa idóneos para controvertir la legalidad de los actos administrativos de los concursos de méritos, la celeridad que caracteriza los procesos de selección, desplaza la eficacia de las vías ordinarias por el tiempo que toma su resolución, habida cuenta que acudir a la jurisdicción acarrearía factiblemente perjuicios en el trámite concursal debido a las fases preclusivas.

3. DEL CONCURSO DE MÉRITOS.

La Ley 909 de 2004 regula el sistema de carrera, indicando en su artículo quinto, como regla general, la provisión de los empleos de carrera administrativa mediante concurso de méritos; ello propendiendo por la eficacia de la administración, así como la garantía al acceso de funciones de quienes demuestren mejores capacidades.

Lo anterior igualmente se traduce en el sometimiento de los aspirantes a las condiciones de las convocatorias, las cuales de manera previa deben ser dadas a conocer, de suerte que, surtido el proceso de inscripción, el interesado se sujeta a la reglamentación del concurso aceptando *–de manera voluntaria-* las pautas y condiciones del proceso concursal.

Ha indicado la Corte Constitucional[2]:

> "(..) la jurisprudencia constitucional ha expresado de manera uniforme y reiterada que los concursos – en tanto constituyen actuaciones adelantadas por las autoridades públicas – deberán realizarse con estricta sujeción *(i)* al derecho al debido proceso; *(ii)* al derecho a la igualdad y *(iii)* al principio de la buena fe[3]. Dicha obligación se traduce, en términos generales, en el imperativo que tiene la administración de ceñirse de manera precisa a las reglas del concurso ya que aquellas, como bien lo ha sostenido esta Corporación, constituyen "*ley para las partes*" que intervienen en él[4]."

A manera de síntesis la resolución de la convocatoria se convierte en la norma que rige el concurso y como tal, ambos extremos, parte organizadora y participantes, deben ceñirse a la misma.

4. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

Se encuentra acreditado que la CNSC mediante Acuerdo 2016000001376 del 05 de septiembre de 2016 convocó a concurso abierto de méritos para proveer empleos vacantes pertenecientes al Sistema de Carrera Administrativa de la Planta de Personal del ICBF, mediante Convocatoria 433[5].

De igual forma se encuentra acreditado que a través de la Resolución Nro. 20182230062575 del 22 de junio de 2018, se conformó lista de elegibles para proveer 05 vacantes del empleo Código OPEC 34820, denominado DEFENSOR DE FAMILIA, CÓDIGO 2125, GRADO 17, en la cual, la accionante LUISA MARÍA FLÓREZ VALENCIA, con un puntaje de 72.51, ocupó el puesto Nro. 06[6].

También, se encuentra probado que los cinco primeros elegibles fueron nombrados en periodo de prueba en el ICBF[7], por lo que al reconformarse la lista de elegibles – *aun vigente*- la accionante se encuentra en la posición Nro. 1.

Ahora, mediante el Decreto 1479 de 2017 *"Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras" y se dictan otras disposiciones",* dispuso en su artículo 2°:

---

[2] Sentencia T – 180 de 2015.
[3] Sentencia T-502 de 2010.
[4] Sentencia SU-913 de 2009. Reiterada en la Sentencia T-569 de 2011.
[5] Fls. 54 a 80 expediente digital segunda parte.
[6] Fl. 82 expediente digital segunda parte.
[7] Fls. 84 a 126 expediente digital segunda parte.

“Artículo 2o. Crear los siguientes empleos en la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras

PLANTA GLOBAL

NÚMERO DE CARGOS		DENOMINACIÓN DEL EMPLEO	Código	Grado
328	Trescientos veintiocho	Defensor de Familia	2125	17

”

A su turno, el ICBF en respuesta dada a la accionante el 24 de febrero de 2020[8] y en la respuesta allegada a esta acción constitucional, relacionó *“todas las vacantes definitivas del empleo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 (provistas en encargo, nombramiento provisional, sin proveer, vacantes desiertas) con las que cuenta el Instituto, incluyéndose los creados por el Decreto 1479 de 2017, con la correspondiente ubicación geográfica y rol definido en el Manual de Específico de Funciones y Competencias Laborales, vigente para el momento de la convocatoria, es decir, Resolución 4500 del 20 de mayo de 2016”* lo que da cuenta que, a la fecha existen cargos de Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 disponibles para el sistema de carrera administrativa.

Ahora, el Congreso expidió la **Ley 1960 de 2019** *“Por el cual se modifican –sic- la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”* disponiendo en los artículos 6 y 7:

“**ARTÍCULO 6.** El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

“**ARTÍCULO 31.** El proceso de selección comprende:
1. (…)
2 (…)
3 (…)

4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. **Con esta** y en estricto orden de méritos **se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.**

ARTÍCULO 7. La presente Ley **rige a partir de su publicación**, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.”

[8] Folios 177 a 204 del expediente digital primera parte.

Es decir, que la lista de elegibles también sirve para cubrir vacantes definitivas de cargos equivalentes **no convocados** y que a pesar de que surjan con **posterioridad** a la convocatoria inicial de la entidad.

En razón de lo anterior, la Sala Plena de Comisionados del 01 de agosto de 2019, emitió concepto unificado “Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019.”, indicando:

> “En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada.”

No obstante lo anterior, el 16 de enero de 2020 la CNSC aprobó un nuevo Criterio Unificado sobre el “*USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUN10 DE 2019”*, variando sustancialmente su postura y aplicación respecto de la nueva ley, a saber:

> “Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas coma consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a Ia entrada en vigencia de Ia Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de Ia modificación de Ia Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.
>
> De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, **deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes** de los empleos qua integraron Ia Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- **de Ia respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleo”** entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.”
>
> (…)
>
> **Se deja sin efecto el Criterio Unificado de fecha 1 de agosto de 2019**, "Listas de elegibles en contexto de la Ley 1960 del 27 de junio do 2019", junto con su aclaración.”(negrillas de la Sala del Tribunal)

Con base en el nuevo criterio aplicable por la CNSC, el ICBF en respuesta brindada a la accionante y en contestación a esta acción, aceptó la procedencia del nombramiento de la señora *Luisa María Flórez* para el *mismo cargo* ofertado fuera de la Convocatoria Nro. 433, sin embargo, destacó encontrarse desarrollando las gestiones necesarias con tal finalidad.

Así las cosas, halla la Sala Decisión acertada la postura adoptada en su criterio de Unificación por parte de la CNSC, *-el cual si bien no es de carácter vinculante-*, realiza un interpretación y aplicación favorable en pro de los derechos de los concursantes en el sistema de carrera, máxime cuando por mandato del artículo 130 superior, la CNSC, es la *"responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos."*

En todo caso, debe destacarse que **la Ley 1960 de 2019** expresamente habilitó que **las listas de elegibles apliquen para cargos creados con posterioridad** a las convocatorias donde inicialmente se ofertaron, ello en razón de la vigencia de dos años de la lista y *por consiguiente* la permanencia de la expectativa seria y legítima de quien adelantó y aprobó todas las etapas del proceso concursal, resultando razonable que con una lista aún vigente se pueda optar por un *mismo cargo* que surja después del concurso inicial, habida cuenta que ya optó por él y obtuvo un resultado favorable, pudiendo entonces aspirar al mismo cargo creado después, toda vez que en esencia ya superó los requisitos necesarios para ocuparlo; ello desde luego *antes del fenecimiento de la lista.*

Sumado a lo anterior, se precisa que la regla general debe ser la ocupación por meritocracia de los cargos a través del sistema de carrera, luego entonces, resulta por disposición legal *[Ley 909 de 2004 y sus modificaciones[9]]* y *constitucional [art. 125, 130, 253, 256, 266, 268, entre otros]* acertado propender por el logro del

[9] - Modificada por la Ley 1960 de 2019, 'por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones', publicada en el Diario Oficial No. 50.997 de 27 de junio 2019.

- Modificado por el Decreto Ley 894 de 2017, 'por el cual se dictan normas en materia de empleo público con el fin de facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera', publicado en el Diario Oficial No. 50.247 de 28 de mayo de 2017.

- Modificada por la Ley 1575 de 2012, 'por medio de la cual se establece la Ley General de Bomberos de Colombia', publicada en el Diario Oficial No. 48.530 de 22 de agosto de 2012.

- Modificado por el Decreto 19 de 2012, publicado en el Diario Oficial No. 48.308 de 10 de enero de 2012, 'Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública'.

- Modificada por la Ley 1093 de 2006, publicada en el Diario Oficial No. 46.395 de 18 de septiembre de 2006, 'Por la cual se crean los literales e) y f) y un parágrafo del numeral 2 del artículo 5o de la Ley 909 de 2004'

- Modificada por la Ley 1033 de 2006, publicada en el Diario Oficial No. 46.334 de 19 de julio de 2006, 'Por la cual se establece la Carrera Administrativa Especial para los Empleados Públicos no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y de sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas al sector Defensa, se derogan y modifican unas disposiciones de la Ley 909 de 2004 y se conceden unas facultades conforme al numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política'.

acceso a los empleos públicos –*salvo sus excepciones*- a través del sistema de concurso de méritos.

Ahora, si bien la entidad enjuiciada *ICBF* reconoce en la contestación de la acción el derecho que le asiste a la actora en razón de la Ley 1960 de 2019, lo cierto es que, únicamente se ciñó a indicar ligeramente estar adelantando actuaciones administrativas necesarias, escudándose en la rigurosidad del trámite y sin dar prueba fehaciente al expediente de haber adelantado gestión alguna, ello en contraste con la manifestación de la CNSC de desconocer cualquier actuación del ICBF; incluso pretende la entidad nominadora la nulidad de lo actuado al no haberse llamado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público ante quien debe solicitar el registro presupuestal; circunstancias administrativas que en todo caso debe llevar a cabo la entidad de forma ágil y célere toda vez que no puede dar al traste a los derechos con formalismos, los cuales si bien son necesarios y no se desconoce su importancia no pueden estar por encima de una materialización efectiva y garantista del *deber ser*.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia bajo el entendido de amparar los derechos de la actora, sin embargo, se modificarán las órdenes impartidas a las entidades enjuiciadas, habida cuenta que es necesario precisar que el cargo a optar corresponda al *mismo cargo* para el cual se concursó en la Convocatoria 433 de 2016.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo del Valle del Cauca**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º. MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la Sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartago, los cuales para todos los efectos legales, serán los siguientes:

> "**SEGUNDO: ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF**, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, si aun no lo ha hecho, reporte las vacantes de la OPEC correspondiente o actualice la existente en el SIMO, y solicite ante la CNSC el uso de la lista de elegibles de la actora, LUISA MARÍA FLÓREZ, para el empleo identificado con el OPEC 34820, denominado DEFENSOR DE

FAMILIA, CÓDIGO 2125, GRADO 17, ofertado en el marco de la Convocatoria Nro. 433 a fin de proveer *con la accionante* la vacante definitiva existente en la entidad que corresponda al mismo empleo, incluyendo las creadas mediante el Decreto 1479 de 2017 y todas aquellas iguales no provistas –*aun*- por el sistema de carrera administrativa.

ORDENAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC, que a una vez solicitada por parte del ICBF el uso de la lista de elegibles de la accionante, emita su autorización y proceda a remitir la lista de elegibles a la entidad. Actuación para la cual contará con 48 horas una vez el ICBF adelante el trámite anterior.

TERCERO: ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, que dentro del término de cinco (5) días hábiles, contados a partir del recibo de la lista de elegibles por parte de la CNSC, efectué los trámites necesarios para el nombramiento y posesión en periodo de prueba de la accionante."

2°. **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia impugnada.

3° REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo, vencido el término de que trata el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y levantada la suspensión de términos de la revisión eventual de tutelas, conforme a lo dispuesto en el literal a) del numeral 1º., del art. 2 del Acuerdo 11532 de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura.

4° NOTIFICAR a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, atendiéndose que, el Consejo Superior de la Judicatura en el marco de la emergencia nacional por el COVID-19 expidió el Acuerdo PCSJA20-11532 del 11 de abril de 2020, *"Por medio del cual se prorrogan las medidas de suspensión de términos, se amplían sus excepciones y se adoptan otras medidas por motivos de salubridad pública"* disponiendo en el artículo 6° entre otras cosas, que *"[E]n la recepción, gestión, trámite, decisión y de las actuaciones judiciales y administrativas, si corresponde, se privilegiará el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, de preferencia institucionales, en concordancia con lo previsto en el artículo 3º del Decreto 491 de 2020. Los jueces utilizarán preferencialmente los medios tecnológicos para todas las actuaciones, comunicaciones,* ***notificaciones****, audiencias y diligencias, y*

permitirán a las partes, abogados, terceros e intervinientes actuar en los procesos mediante los medios tecnológicos disponibles, evitando exigir y cumplir formalidades físicas innecesarias", lo anterior, destacándose que la parte actora dispuso e-mail para efectos de notificación en el escrito de la tutela[10], al tiempo que las entidades accionadas cuentan igualmente con dicho medio.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha (Acta No.)

Los Magistrados,

EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS

ÓSCAR SILVIO NARVÁEZ DAZA

IAGS

[10] Fl. 46 expediente digital – primera parte.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, treinta (30) de abril dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente:	**OMAR EDGAR BORJA SOTO**
Medio de Control	**Tutela Segunda Instancia**
Ref. Proceso	76147-33-33-001-2020-00065-00
Demandante	LUISA MARÍA FLÓREZ VALENCIA
Demandado	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF
Asunto	SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA – Tutela en el marco de concurso de méritos

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA No. _____

I. OBJETO

Decide el Tribunal, a través de la Sala de Decisión conformada por los doctores **ÓSCAR SILVIO NARVÁEZ DAZA**, **EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS** y **OMAR EDGAR BORJA SOTO**, éste último como magistrado ponente, la impugnación interpuesta por la parte actora en contra de la sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1. ELEMENTOS Y PRETENSIÓN.

1.1. Derechos fundamentales invocados: manifiesta que ha sido trasgredido su derecho de petición, igualdad, trabajo, debido proceso y acceso a cargos públicos.

1.2. Pretensión: Solicita se ordene a la CNSC y al ICBF acatar lo dispuesto en la Ley 1960 de 2019 y el criterio unificado de la CNSC del 16 de enero de 2020, para que de forma conjunta se provean las 328 vacantes del denominado cargo DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17, con la lista de elegibles que

integra, 20182230032575.

Que de forma subsidiaria de existir en Cartago, en el Departamento del Valle o en otra región del país una o más vacantes definitivas del cargo DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17, se provean igualmente con la lista de elegibles a la que pertenece.

1.3. Fundamentos de la pretensión: los hechos que sirven de estribo fáctico son los siguientes:

i) Narró la accionante que la CNSC mediante Acuerdo Nro. 2016000001376 del **05/09/16** convocó a concurso de méritos para proveer vacantes de carrera administrativa del ICBF de la **Convocatoria Nro. 433 de 2016** bajo los postulados de la Ley 909 de 2004.

ii) Que se inscribió al cargo identificado con el OPEC Nro. 34820, denominado **Defensor de Familia**, Código 2125, GRADO 17, ubicado en Cartago Valle.

iii) Que entre tanto, se expidió el **Decreto 1479 de 2017** suprimiendo y a su vez, creando cargos permanentes al interior del ICBF, para el caso que importa, 328 Defensores de Familia Código 2125, Grado 17, los cuales fueron distribuidos mediante la Resolución Nro. 7746 del 05 de septiembre de 2017 en todo el territorio nacional. Cargos que al haber sido posteriores a la convocatoria 433 de 2016, no fueron ofertados en tal concurso.

iv) Que de otra parte, la CNSC publicó la Resolución Nro. 20182230062575 del 22 de junio de 2018 para proveer las 05 vacantes del cargo al que se había inscrito, ocupando el puesto Nro. 06, destacándose que todos los 05 primeros elegibles tomaron posesión de cargo.

v) Indicó que la lista contenía un artículo 4° que disponía “dichas listas, serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados” habilitándola para optar por los nuevos cargos creados hasta el 09 de julio de 2020 –fecha de vencimiento de la lista-, empero, el 22 de noviembre de 2018 la CNSC expidió la Resolución Nro. 20182230156785 revocando el artículo 4° de todas las listas de elegibles de la Convocatoria Nro. 433-2016.

vi) Que de otra parte, la CNSC expidió la Resolución Nro. 20182230162005 declarando desiertas algunas vacantes de la Convocatoria Nro. 433, entre ellas, 03 cargos de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17.

vii) Que fue expedida la Ley 1960 de junio de 2019, modificando el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 disponiendo sobre la lista de elegibles que *"Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad."*

viii) Que por su parte la Sala Plena de los Comisionados de la CNSC expidió el Criterio Unificado del 01 de agosto de 2019 *"Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2017"* precisando que lo dispuesto en la Ley 1960 solo resultaba "aplicable a las listas de elegibles para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio".

ix) Narró que no obstante lo anterior, el Tribunal Administrativo del Valle mediante fallo de tutela bajo radicado 76001-33-33-021-2019-00234-01 del 18 de noviembre de 2019, en caso similar al presente respecto de la misma Convocatoria 433, resolvió inaplicar por inconstitucional el criterio unificado de la CNSC al ser restrictivo y en su lugar amparó el derecho de la entonces tutelante ordenando a la CNSC y al ICBF conjuntamente permitirle optar por uno de los nuevos empleos creados en identidad al que se había inscrito.

x) Que sumado a lo anterior, **el 16 de enero de 2020 la Sala Plena de la CNSC** aprobó un nuevo criterio unificado respecto de la Ley 1960 de 2019, estableciendo: *"las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas qua sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos qua integraron Ia Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de Ia respectiva convocatoria* ***y para cubrir nuevas vacantes*** *que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos' entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."*

xi) Que con base en el fallo del Tribunal Administrativo del Valle y especialmente el criterio unificado del CNSC elevó petición ante el ICBF y ante la CNSC para

optar por uno de 328 cargos creados o de los 3 declarados desiertos *(45 en el Valle) todos en provisionalidad*, empero contestando la CNSC ser responsabilidad del ICBF y a su turno, este último indicando que adelantaría las gestiones para el nombramiento pero sin materializar nada.

xii) Destacó que su lista de elegibles pierde vigencia el 09 de julio de 2020 debiendo realizarse todas las gestiones antes de dicho término; que al conformar la lista de elegibles cuenta con una seria expectativa sin que su derecho se haya consolidado con nombramiento alguno, por lo que le resulta aplicable lo dispuesto en la Ley 1960 de 2019.

2. TRÁMITE.

Mediante Auto Nro. 237 del 11 de marzo de 2020 el Juez Primero Administrativo de Cartago admitió la acción de tutela y ordenó notificar a las accionadas.

3. RESPUESTAS ENTIDADES ACCIONADAS.

3.1 INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (fls. 15- 46 Expediente digital - segunda parte)**.** Tildó la acción constitucional de no contar con la trascendencia iusfundamental, así como no atender el requisito de subsidiariedad al no existir perjuicio irremediable.

Indicó que la lista de elegibles de la que hace parte ya se publicó y adquirió firmeza estando en el puesto Nro. 6; que la lista no es cuestionada sino las situaciones nuevas que surgieron con ocasión de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para efectos del nombramiento por las nuevas vacantes; que el ICBF ya le informó a la actora **que procederá** a su nombramiento una vez se surtan las gestiones administrativas correspondientes y una vez que la CNSC apruebe el uso de la lista de elegibles, ello sin desconocerse que igualmente también debe adelantarse el trámite de ascensos al interior de la entidad lo cual debe corresponder al 30% de la oferta disponible.

Destacó que el ICBF no ha vulnerado ningún derecho de la accionante, especialmente cuando solo hasta el **16 de enero de 2020 la CNSC expidió el Criterio Unificado**, reiterando que ello implica procedimientos complejos y trámites presupuestales que se adelantan por el momento.

Relacionó las vacantes definitivas con las que cuenta el ICBF del empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 OPEC (34820) provistas en encargo, provisionalidad, sin proveer y desiertas, y resaltó que la actora debe ser nombrada en el empleo que coincida con todos los criterios de igual denominación, código, grado, asignación básica, propósitos, funciones, ubicación geográfica y grupo de aspirantes atendiendo el criterio de unificación de la CNSC.

3.2 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC. (fls. 47 a 40 expediente digital – segunda parte)

Inició indicando desconocer los trámites adelantados por el ICBF por lo que eligió no decir nada al respecto.

Afirmó que es cierto que la tutelante ocupó el puesto Nro. 6 de su lista de elegibles; lista con la cual se debía proveer 05 vacantes lo cual se adelantó habida cuenta que todos los primeros cinco elegibles fueron nombrados en provisionalidad, por lo que el empleo OPEC 24820 de la Convocatoria 433 se encuentra provisto.

Indicó que los elegibles que no alcanzaron a ser nombrados se encuentran a la espera que se genere una nueva vacante del mismo empleo durante la vigencia de la lista, es decir, hasta el 09 de julio de 2020, por lo que cuentan con una seria expectativa que no se traduce en un derecho adquirido.

Que a la fecha el ICBF no ha realizado solicitud de uso de lista de elegibles para proveer vacantes iguales al empleo ofertado en el OPEC 34820 de conformidad con lo previsto en la Ley 1960 de 2019, destacando que la CNSC no tiene competencia frente a la administración de la planta de personal de la entidad

4. FALLO IMPUGNADO. (fls. 127 a 144 expediente digital – segunda parte).

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartago mediante Sentencia del 02 de abril de 2020 accedió a las pretensiones.

El a quo inició con un recuento fáctico del proceso, para luego establecer lo relativo al marco normativo y jurisprudencial sobre la acción de tutela y los concursos de mérito.

Consideró que en virtud de lo dispuesto en la **Ley 1960 de 2019, el Concepto Unificado de la CNSC del 16 de enero de 2020**, en consonancia con lo resuelto anteriormente el Tribunal Administrativo del Valle, era procedente el amparo solicitado.

En consecuencia, el a quo resolvió tutelar los derechos invocados por la accionante y ordenó al representante legal de la CNSC dentro del término de 48 horas, iniciar los trámites para ofertar los 328 cargos creados en el Decreto 1479 de 2017 para el empleo denominado DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17 ofertado dentro de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF, con el fin de que la accionante ejerciera su opción sin que el cumplimiento superara un mes calendario. De igual forma ordenó la elaboración de la lista de elegibles dentro del término de 15 días, debiendo enviarla una vez en firme al ICBF dentro del término de 5 días; quien a su turno tendría un término de 8 días para efectuar el nombramiento.

5. IMPUGNACIÓN.

5.1 INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF (fls. 150 a 163 expediente digital – segunda parte).

Reiteró su inconformidad ante las pretensiones de la acción destacando no haber vulnerado la entidad los derechos de la actora al habérsele indicado que se procedería a su nombramiento. De igual forma señaló ser improcedente la acción constitucional ante el requisito de subsidiariedad y la inexistencia de un perjuicio irremediable. Precisó el deber de la entidad de adelantar múltiples actuaciones administrativas con compromisos presupuestales sujetos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público por cuanto reprochó como nulitable el no estar vinculado a la acción.

5.2 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (fls. 245 a 251 expediente digital – segunda parte)

Si bien allegó escrito de impugnación, lo cierto es que los argumentos versaron sobre **situaciones fácticas distintas, es decir, otra accionante y otro cargo** en discusión; no obstante, dejó entrever el reproche de la utilización de lista de elegibles para cargos creados con posterioridad a las convocatorias iniciales.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. COMPETENCIA.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Decisión del Sistema Oral, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 de la Carta Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente para conocer en segunda instancia de la impugnación del fallo de tutela.

2. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

2.1. Derechos fundamentales vulnerados: La Sala analiza los derechos fundamentales del debido proceso y acceso a cargos públicos.

2.2. Legitimación activa.

El art. 86 constitucional establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentran amenazados podrá interponer acción de tutela a través de un representante o en nombre propio. De lo anterior se desprende que hay diferentes formas para que se configure la legitimación por activa, entre las que se encuentran las siguientes[1]: a) cuando la interposición de la acción se realiza a través de apoderado judicial, b) cuando quien lo hace es el representante legal, ya sea de una empresa o de un menor de edad, de un interdicto, etc., c) cuando el afectado de manera directa propugna por sus derechos; d) y cuando se realiza a través de agente oficioso.

En el sub lite se da cumplimiento al literal c) dado que la actora solicita en nombre propio el amparo de los derechos fundamentales que considera le están siendo vulnerados.

2.3. Legitimación pasiva.

En la acción de tutela, la legitimación por pasiva corresponde a quien se le indilga la afectación de derechos constitucionales, procediendo contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente contra particulares, conforme al artículo 86 superior y artículo 1ro del Decreto 2591 de 1991.

---

[1] T-950 de 2008.

En el presente, se dirige en contra de la CNSC y el ICBF, los cuales se encuentran legitimados para esgrimir los argumentos de defensa, toda vez que la CNSC adelantó el proceso concursal para proveer las vacantes del ICBF en el marco de la Convocatoria Nro. 433 de 2016, en la cual la aspirante optó por un cargo que posteriormente fue nuevamente dispuesto para el ICBF aspirando por tanto la accionante la modificación y aplicación de la lista de elegibles ante las nuevas circunstancias.

2.4 Subsidiariedad.

Desde el punto de vista procesal, resulta imperativo para la Sala verificar los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela, habida cuenta que el presente asunto versa sobre un concurso de méritos.

Como es bien sabido, la acción de tutela fue concebida por el constituyente como una figura especial, revestida de unas características particulares, una de las cuales representa la subsidiariedad, es decir, dicha acción al estar encaminada a la protección inmediata de los derechos fundamentales no tiene la misma connotación que una acción ordinaria precisamente por su especialidad, por lo que la misma solo resulta procedente cuando se hayan agotado todas las vías ordinarias en aras de proteger el derecho fundamental conculcado, o cuando se está en presencia de un perjuicio irremediable fundado, haciendo procedente el amparo como mecanismo transitorio.

Así, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 que reglamentó la acción de tutela, dispone lo siguiente:

> "**Artículo 6º -** Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:
>
> **1.** Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla 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 el solicitante. (…)" (Subraya la sala)

De modo que, la acción de tutela comporta una naturaleza de carácter subsidiario, pues para su interposición debe acreditar gel accionante que los demás medios judiciales sean inexistentes o ineficaces y además de que se encuentre en un

estado de indefensión debido al perjuicio irremediable que lo acompaña, de esta manera, la invocación a los estrados de la mentada acción constitucional es loable, dado que el núcleo esencial de la misma atañe a la protección de los derechos fundamentales que sean vulnerados.

Respecto a los concursos de méritos y la procedencia de la acción de tutela, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación Nro. 011 del 08 de marzo de 2018, indicó:

> "En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en principio, la acción de tutela es improcedente. No obstante, ha señalado que los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa, bien sea a través de los medios de control de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho, no son los mecanismos idóneos y eficaces para proteger los derechos de los participantes del concurso de méritos, puesto que no es un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces, debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación desproporcionada de la vulneración de garantías fundamentales."

En consecuencia, pese a existir *en principio* mecanismos de defensa idóneos para controvertir la legalidad de los actos administrativos de los concursos de méritos, la celeridad que caracteriza los procesos de selección, desplaza la eficacia de las vías ordinarias por el tiempo que toma su resolución, habida cuenta que acudir a la jurisdicción acarrearía factiblemente perjuicios en el trámite concursal debido a las fases preclusivas.

3. DEL CONCURSO DE MÉRITOS.

La Ley 909 de 2004 regula el sistema de carrera, indicando en su artículo quinto, como regla general, la provisión de los empleos de carrera administrativa mediante concurso de méritos; ello propendiendo por la eficacia de la administración, así como la garantía al acceso de funciones de quienes demuestren mejores capacidades.

Lo anterior igualmente se traduce en el sometimiento de los aspirantes a las condiciones de las convocatorias, las cuales de manera previa deben ser dadas a conocer, de suerte que, surtido el proceso de inscripción, el interesado se sujeta a la reglamentación del concurso aceptando *–de manera voluntaria-* las pautas y condiciones del proceso concursal.

Ha indicado la Corte Constitucional[2]:

> "(..) la jurisprudencia constitucional ha expresado de manera uniforme y reiterada que los concursos – en tanto constituyen actuaciones adelantadas por las autoridades públicas – deberán realizarse con estricta sujeción *(i)* al derecho al debido proceso; *(ii)* al derecho a la igualdad y *(iii)* al principio de la buena fe[3]. Dicha obligación se traduce, en términos generales, en el imperativo que tiene la administración de ceñirse de manera precisa a las reglas del concurso ya que aquellas, como bien lo ha sostenido esta Corporación, constituyen "*ley para las partes*" que intervienen en él[4]."

A manera de síntesis la resolución de la convocatoria se convierte en la norma que rige el concurso y como tal, ambos extremos, parte organizadora y participantes, deben ceñirse a la misma.

4. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

Se encuentra acreditado que la CNSC mediante Acuerdo 2016000001376 del 05 de septiembre de 2016 convocó a concurso abierto de méritos para proveer empleos vacantes pertenecientes al Sistema de Carrera Administrativa de la Planta de Personal del ICBF, mediante Convocatoria 433[5].

De igual forma se encuentra acreditado que a través de la Resolución Nro. 20182230062575 del 22 de junio de 2018, se conformó lista de elegibles para proveer 05 vacantes del empleo Código OPEC 34820, denominado DEFENSOR DE FAMILIA, CÓDIGO 2125, GRADO 17, en la cual, la accionante LUISA MARÍA FLÓREZ VALENCIA, con un puntaje de 72.51, ocupó el puesto Nro. 06[6].

También, se encuentra probado que los cinco primeros elegibles fueron nombrados en periodo de prueba en el ICBF[7], por lo que al reconformarse la lista de elegibles – *aun vigente*- la accionante se encuentra en la posición Nro. 1.

Ahora, mediante el Decreto 1479 de 2017 *"Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras" y se dictan otras disposiciones",* dispuso en su artículo 2°:

---

[2] Sentencia T – 180 de 2015.
[3] Sentencia T-502 de 2010.
[4] Sentencia SU-913 de 2009. Reiterada en la Sentencia T-569 de 2011.
[5] Fls. 54 a 80 expediente digital segunda parte.
[6] Fl. 82 expediente digital segunda parte.
[7] Fls. 84 a 126 expediente digital segunda parte.

“Artículo 2o. Crear los siguientes empleos en la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras

PLANTA GLOBAL

NÚMERO DE CARGOS		DENOMINACIÓN DEL EMPLEO	Código	Grado
328	Trescientos veintiocho	Defensor de Familia	2125	17

”

A su turno, el ICBF en respuesta dada a la accionante el 24 de febrero de 2020[8] y en la respuesta allegada a esta acción constitucional, relacionó *“todas las vacantes definitivas del empleo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 (provistas en encargo, nombramiento provisional, sin proveer, vacantes desiertas) con las que cuenta el Instituto, incluyéndose los creados por el Decreto 1479 de 2017, con la correspondiente ubicación geográfica y rol definido en el Manual de Específico de Funciones y Competencias Laborales, vigente para el momento de la convocatoria, es decir, Resolución 4500 del 20 de mayo de 2016”* lo que da cuenta que, a la fecha existen cargos de Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 disponibles para el sistema de carrera administrativa.

Ahora, el Congreso expidió la **Ley 1960 de 2019** *“Por el cual se modifican –sic- la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”* disponiendo en los artículos 6 y 7:

“**ARTÍCULO 6.** El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

“**ARTÍCULO 31.** El proceso de selección comprende:
1. (…)
2 (…)
3 (…)

4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. **Con esta** y en estricto orden de méritos **se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.**

ARTÍCULO 7. La presente Ley **rige a partir de su publicación**, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.”

[8] Folios 177 a 204 del expediente digital primera parte.

Es decir, que la lista de elegibles también sirve para cubrir vacantes definitivas de cargos equivalentes **no convocados** y que a pesar de que surjan con **posterioridad** a la convocatoria inicial de la entidad.

En razón de lo anterior, la Sala Plena de Comisionados del 01 de agosto de 2019, emitió concepto unificado “Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019.”, indicando:

> “En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada.”

No obstante lo anterior, el 16 de enero de 2020 la CNSC aprobó un nuevo Criterio Unificado sobre el “*USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUN10 DE 2019”*, variando sustancialmente su postura y aplicación respecto de la nueva ley, a saber:

> “Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas coma consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a Ia entrada en vigencia de Ia Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de Ia modificación de Ia Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.
>
> De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, **deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes** de los empleos qua integraron Ia Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- **de Ia respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleo”** entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.”
>
> (…)
>
> **Se deja sin efecto el Criterio Unificado de fecha 1 de agosto de 2019**, "Listas de elegibles en contexto de la Ley 1960 del 27 de junio do 2019", junto con su aclaración.”(negrillas de la Sala del Tribunal)

Con base en el nuevo criterio aplicable por la CNSC, el ICBF en respuesta brindada a la accionante y en contestación a esta acción, aceptó la procedencia del nombramiento de la señora *Luisa María Flórez* para el *mismo cargo* ofertado fuera de la Convocatoria Nro. 433, sin embargo, destacó encontrarse desarrollando las gestiones necesarias con tal finalidad.

Así las cosas, halla la Sala Decisión acertada la postura adoptada en su criterio de Unificación por parte de la CNSC, *-el cual si bien no es de carácter vinculante-*, realiza un interpretación y aplicación favorable en pro de los derechos de los concursantes en el sistema de carrera, máxime cuando por mandato del artículo 130 superior, la CNSC, es la *"responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos."*

En todo caso, debe destacarse que **la Ley 1960 de 2019** expresamente habilitó que **las listas de elegibles apliquen para cargos creados con posterioridad** a las convocatorias donde inicialmente se ofertaron, ello en razón de la vigencia de dos años de la lista y *por consiguiente* la permanencia de la expectativa seria y legítima de quien adelantó y aprobó todas las etapas del proceso concursal, resultando razonable que con una lista aún vigente se pueda optar por un *mismo cargo* que surja después del concurso inicial, habida cuenta que ya optó por él y obtuvo un resultado favorable, pudiendo entonces aspirar al mismo cargo creado después, toda vez que en esencia ya superó los requisitos necesarios para ocuparlo; ello desde luego *antes del fenecimiento de la lista.*

Sumado a lo anterior, se precisa que la regla general debe ser la ocupación por meritocracia de los cargos a través del sistema de carrera, luego entonces, resulta por disposición legal *[Ley 909 de 2004 y sus modificaciones[9]]* y *constitucional [art. 125, 130, 253, 256, 266, 268, entre otros]* acertado propender por el logro del

[9] - Modificada por la Ley 1960 de 2019, 'por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones', publicada en el Diario Oficial No. 50.997 de 27 de junio 2019.

- Modificado por el Decreto Ley 894 de 2017, 'por el cual se dictan normas en materia de empleo público con el fin de facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera', publicado en el Diario Oficial No. 50.247 de 28 de mayo de 2017.

- Modificada por la Ley 1575 de 2012, 'por medio de la cual se establece la Ley General de Bomberos de Colombia', publicada en el Diario Oficial No. 48.530 de 22 de agosto de 2012.

- Modificado por el Decreto 19 de 2012, publicado en el Diario Oficial No. 48.308 de 10 de enero de 2012, 'Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública'.

- Modificada por la Ley 1093 de 2006, publicada en el Diario Oficial No. 46.395 de 18 de septiembre de 2006, 'Por la cual se crean los literales e) y f) y un parágrafo del numeral 2 del artículo 5o de la Ley 909 de 2004'

- Modificada por la Ley 1033 de 2006, publicada en el Diario Oficial No. 46.334 de 19 de julio de 2006, 'Por la cual se establece la Carrera Administrativa Especial para los Empleados Públicos no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y de sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas al sector Defensa, se derogan y modifican unas disposiciones de la Ley 909 de 2004 y se conceden unas facultades conforme al numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política'.

acceso a los empleos públicos –*salvo sus excepciones*- a través del sistema de concurso de méritos.

Ahora, si bien la entidad enjuiciada *ICBF* reconoce en la contestación de la acción el derecho que le asiste a la actora en razón de la Ley 1960 de 2019, lo cierto es que, únicamente se ciñó a indicar ligeramente estar adelantando actuaciones administrativas necesarias, escudándose en la rigurosidad del trámite y sin dar prueba fehaciente al expediente de haber adelantado gestión alguna, ello en contraste con la manifestación de la CNSC de desconocer cualquier actuación del ICBF; incluso pretende la entidad nominadora la nulidad de lo actuado al no haberse llamado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público ante quien debe solicitar el registro presupuestal; circunstancias administrativas que en todo caso debe llevar a cabo la entidad de forma ágil y célere toda vez que no puede dar al traste a los derechos con formalismos, los cuales si bien son necesarios y no se desconoce su importancia no pueden estar por encima de una materialización efectiva y garantista del *deber ser*.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia bajo el entendido de amparar los derechos de la actora, sin embargo, se modificarán las órdenes impartidas a las entidades enjuiciadas, habida cuenta que es necesario precisar que el cargo a optar corresponda al *mismo cargo* para el cual se concursó en la Convocatoria 433 de 2016.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo del Valle del Cauca**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º. MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la Sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartago, los cuales para todos los efectos legales, serán los siguientes:

> "**SEGUNDO: ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF**, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, si aun no lo ha hecho, reporte las vacantes de la OPEC correspondiente o actualice la existente en el SIMO, y solicite ante la CNSC el uso de la lista de elegibles de la actora, LUISA MARÍA FLÓREZ, para el empleo identificado con el OPEC 34820, denominado DEFENSOR DE

FAMILIA, CÓDIGO 2125, GRADO 17, ofertado en el marco de la Convocatoria Nro. 433 a fin de proveer *con la accionante* la vacante definitiva existente en la entidad que corresponda al mismo empleo, incluyendo las creadas mediante el Decreto 1479 de 2017 y todas aquellas iguales no provistas –*aun*- por el sistema de carrera administrativa.

ORDENAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC, que a una vez solicitada por parte del ICBF el uso de la lista de elegibles de la accionante, emita su autorización y proceda a remitir la lista de elegibles a la entidad. Actuación para la cual contará con 48 horas una vez el ICBF adelante el trámite anterior.

TERCERO: ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, que dentro del término de cinco (5) días hábiles, contados a partir del recibo de la lista de elegibles por parte de la CNSC, efectué los trámites necesarios para el nombramiento y posesión en periodo de prueba de la accionante."

2°. **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia impugnada.

3° REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo, vencido el término de que trata el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y levantada la suspensión de términos de la revisión eventual de tutelas, conforme a lo dispuesto en el literal a) del numeral 1º., del art. 2 del Acuerdo 11532 de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura.

4° NOTIFICAR a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, atendiéndose que, el Consejo Superior de la Judicatura en el marco de la emergencia nacional por el COVID-19 expidió el Acuerdo PCSJA20-11532 del 11 de abril de 2020, *"Por medio del cual se prorrogan las medidas de suspensión de términos, se amplían sus excepciones y se adoptan otras medidas por motivos de salubridad pública"* disponiendo en el artículo 6° entre otras cosas, que *"[E]n la recepción, gestión, trámite, decisión y de las actuaciones judiciales y administrativas, si corresponde, se privilegiará el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, de preferencia institucionales, en concordancia con lo previsto en el artículo 3º del Decreto 491 de 2020. Los jueces utilizarán preferencialmente los medios tecnológicos para todas las actuaciones, comunicaciones,* ***notificaciones****, audiencias y diligencias, y*

permitirán a las partes, abogados, terceros e intervinientes actuar en los procesos mediante los medios tecnológicos disponibles, evitando exigir y cumplir formalidades físicas innecesarias", lo anterior, destacándose que la parte actora dispuso e-mail para efectos de notificación en el escrito de la tutela[10], al tiempo que las entidades accionadas cuentan igualmente con dicho medio.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha (Acta No.)

Los Magistrados,

EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS

ÓSCAR SILVIO NARVÁEZ DAZA

IAGS

[10] Fl. 46 expediente digital – primera parte.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, treinta (30) de abril dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente:	**OMAR EDGAR BORJA SOTO**
Medio de Control	**Tutela Segunda Instancia**
Ref. Proceso	76147-33-33-001-2020-00065-00
Demandante	LUISA MARÍA FLÓREZ VALENCIA
Demandado	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF
Asunto	SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA – Tutela en el marco de concurso de méritos

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA No. _____

I. OBJETO

Decide el Tribunal, a través de la Sala de Decisión conformada por los doctores **ÓSCAR SILVIO NARVÁEZ DAZA**, **EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS** y **OMAR EDGAR BORJA SOTO**, éste último como magistrado ponente, la impugnación interpuesta por la parte actora en contra de la sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1. ELEMENTOS Y PRETENSIÓN.

1.1. Derechos fundamentales invocados: manifiesta que ha sido trasgredido su derecho de petición, igualdad, trabajo, debido proceso y acceso a cargos públicos.

1.2. Pretensión: Solicita se ordene a la CNSC y al ICBF acatar lo dispuesto en la Ley 1960 de 2019 y el criterio unificado de la CNSC del 16 de enero de 2020, para que de forma conjunta se provean las 328 vacantes del denominado cargo DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17, con la lista de elegibles que

integra, 20182230032575.

Que de forma subsidiaria de existir en Cartago, en el Departamento del Valle o en otra región del país una o más vacantes definitivas del cargo DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17, se provean igualmente con la lista de elegibles a la que pertenece.

1.3. Fundamentos de la pretensión: los hechos que sirven de estribo fáctico son los siguientes:

i) Narró la accionante que la CNSC mediante Acuerdo Nro. 2016000001376 del **05/09/16** convocó a concurso de méritos para proveer vacantes de carrera administrativa del ICBF de la **Convocatoria Nro. 433 de 2016** bajo los postulados de la Ley 909 de 2004.

ii) Que se inscribió al cargo identificado con el OPEC Nro. 34820, denominado **Defensor de Familia**, Código 2125, GRADO 17, ubicado en Cartago Valle.

iii) Que entre tanto, se expidió el **Decreto 1479 de 2017** suprimiendo y a su vez, creando cargos permanentes al interior del ICBF, para el caso que importa, 328 Defensores de Familia Código 2125, Grado 17, los cuales fueron distribuidos mediante la Resolución Nro. 7746 del 05 de septiembre de 2017 en todo el territorio nacional. Cargos que al haber sido posteriores a la convocatoria 433 de 2016, no fueron ofertados en tal concurso.

iv) Que de otra parte, la CNSC publicó la Resolución Nro. 20182230062575 del 22 de junio de 2018 para proveer las 05 vacantes del cargo al que se había inscrito, ocupando el puesto Nro. 06, destacándose que todos los 05 primeros elegibles tomaron posesión de cargo.

v) Indicó que la lista contenía un artículo 4° que disponía "dichas listas, serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados" habilitándola para optar por los nuevos cargos creados hasta el 09 de julio de 2020 –fecha de vencimiento de la lista-, empero, el 22 de noviembre de 2018 la CNSC expidió la Resolución Nro. 20182230156785 revocando el artículo 4° de todas las listas de elegibles de la Convocatoria Nro. 433-2016.

vi) Que de otra parte, la CNSC expidió la Resolución Nro. 20182230162005 declarando desiertas algunas vacantes de la Convocatoria Nro. 433, entre ellas, 03 cargos de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17.

vii) Que fue expedida la Ley 1960 de junio de 2019, modificando el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 disponiendo sobre la lista de elegibles que *"Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad."*

viii) Que por su parte la Sala Plena de los Comisionados de la CNSC expidió el Criterio Unificado del 01 de agosto de 2019 *"Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2017"* precisando que lo dispuesto en la Ley 1960 solo resultaba "aplicable a las listas de elegibles para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio".

ix) Narró que no obstante lo anterior, el Tribunal Administrativo del Valle mediante fallo de tutela bajo radicado 76001-33-33-021-2019-00234-01 del 18 de noviembre de 2019, en caso similar al presente respecto de la misma Convocatoria 433, resolvió inaplicar por inconstitucional el criterio unificado de la CNSC al ser restrictivo y en su lugar amparó el derecho de la entonces tutelante ordenando a la CNSC y al ICBF conjuntamente permitirle optar por uno de los nuevos empleos creados en identidad al que se había inscrito.

x) Que sumado a lo anterior, **el 16 de enero de 2020 la Sala Plena de la CNSC** aprobó un nuevo criterio unificado respecto de la Ley 1960 de 2019, estableciendo: *"las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas qua sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos qua integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria* ***y para cubrir nuevas vacantes*** *que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos' entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."*

xi) Que con base en el fallo del Tribunal Administrativo del Valle y especialmente el criterio unificado del CNSC elevó petición ante el ICBF y ante la CNSC para

optar por uno de 328 cargos creados o de los 3 declarados desiertos *(45 en el Valle) todos en provisionalidad*, empero contestando la CNSC ser responsabilidad del ICBF y a su turno, este último indicando que adelantaría las gestiones para el nombramiento pero sin materializar nada.

xii) Destacó que su lista de elegibles pierde vigencia el 09 de julio de 2020 debiendo realizarse todas las gestiones antes de dicho término; que al conformar la lista de elegibles cuenta con una seria expectativa sin que su derecho se haya consolidado con nombramiento alguno, por lo que le resulta aplicable lo dispuesto en la Ley 1960 de 2019.

2. TRÁMITE.

Mediante Auto Nro. 237 del 11 de marzo de 2020 el Juez Primero Administrativo de Cartago admitió la acción de tutela y ordenó notificar a las accionadas.

3. RESPUESTAS ENTIDADES ACCIONADAS.

3.1 INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (fls. 15- 46 Expediente digital - segunda parte)**.** Tildó la acción constitucional de no contar con la trascendencia iusfundamental, así como no atender el requisito de subsidiariedad al no existir perjuicio irremediable.

Indicó que la lista de elegibles de la que hace parte ya se publicó y adquirió firmeza estando en el puesto Nro. 6; que la lista no es cuestionada sino las situaciones nuevas que surgieron con ocasión de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para efectos del nombramiento por las nuevas vacantes; que el ICBF ya le informó a la actora **que procederá** a su nombramiento una vez se surtan las gestiones administrativas correspondientes y una vez que la CNSC apruebe el uso de la lista de elegibles, ello sin desconocerse que igualmente también debe adelantarse el trámite de ascensos al interior de la entidad lo cual debe corresponder al 30% de la oferta disponible.

Destacó que el ICBF no ha vulnerado ningún derecho de la accionante, especialmente cuando solo hasta el **16 de enero de 2020 la CNSC expidió el Criterio Unificado**, reiterando que ello implica procedimientos complejos y trámites presupuestales que se adelantan por el momento.

Relacionó las vacantes definitivas con las que cuenta el ICBF del empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 OPEC (34820) provistas en encargo, provisionalidad, sin proveer y desiertas, y resaltó que la actora debe ser nombrada en el empleo que coincida con todos los criterios de igual denominación, código, grado, asignación básica, propósitos, funciones, ubicación geográfica y grupo de aspirantes atendiendo el criterio de unificación de la CNSC.

3.2 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC. (fls. 47 a 40 expediente digital – segunda parte)

Inició indicando desconocer los trámites adelantados por el ICBF por lo que eligió no decir nada al respecto.

Afirmó que es cierto que la tutelante ocupó el puesto Nro. 6 de su lista de elegibles; lista con la cual se debía proveer 05 vacantes lo cual se adelantó habida cuenta que todos los primeros cinco elegibles fueron nombrados en provisionalidad, por lo que el empleo OPEC 24820 de la Convocatoria 433 se encuentra provisto.

Indicó que los elegibles que no alcanzaron a ser nombrados se encuentran a la espera que se genere una nueva vacante del mismo empleo durante la vigencia de la lista, es decir, hasta el 09 de julio de 2020, por lo que cuentan con una seria expectativa que no se traduce en un derecho adquirido.

Que a la fecha el ICBF no ha realizado solicitud de uso de lista de elegibles para proveer vacantes iguales al empleo ofertado en el OPEC 34820 de conformidad con lo previsto en la Ley 1960 de 2019, destacando que la CNSC no tiene competencia frente a la administración de la planta de personal de la entidad

4. FALLO IMPUGNADO. (fls. 127 a 144 expediente digital – segunda parte).

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartago mediante Sentencia del 02 de abril de 2020 accedió a las pretensiones.

El a quo inició con un recuento fáctico del proceso, para luego establecer lo relativo al marco normativo y jurisprudencial sobre la acción de tutela y los concursos de mérito.

Consideró que en virtud de lo dispuesto en la **Ley 1960 de 2019, el Concepto Unificado de la CNSC del 16 de enero de 2020**, en consonancia con lo resuelto anteriormente el Tribunal Administrativo del Valle, era procedente el amparo solicitado.

En consecuencia, el a quo resolvió tutelar los derechos invocados por la accionante y ordenó al representante legal de la CNSC dentro del término de 48 horas, iniciar los trámites para ofertar los 328 cargos creados en el Decreto 1479 de 2017 para el empleo denominado DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17 ofertado dentro de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF, con el fin de que la accionante ejerciera su opción sin que el cumplimiento superara un mes calendario. De igual forma ordenó la elaboración de la lista de elegibles dentro del término de 15 días, debiendo enviarla una vez en firme al ICBF dentro del término de 5 días; quien a su turno tendría un término de 8 días para efectuar el nombramiento.

5. IMPUGNACIÓN.

5.1 INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF (fls. 150 a 163 expediente digital – segunda parte).

Reiteró su inconformidad ante las pretensiones de la acción destacando no haber vulnerado la entidad los derechos de la actora al habérsele indicado que se procedería a su nombramiento. De igual forma señaló ser improcedente la acción constitucional ante el requisito de subsidiariedad y la inexistencia de un perjuicio irremediable. Precisó el deber de la entidad de adelantar múltiples actuaciones administrativas con compromisos presupuestales sujetos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público por cuanto reprochó como nulitable el no estar vinculado a la acción.

5.2 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (fls. 245 a 251 expediente digital – segunda parte)

Si bien allegó escrito de impugnación, lo cierto es que los argumentos versaron sobre **situaciones fácticas distintas, es decir, otra accionante y otro cargo** en discusión; no obstante, dejó entrever el reproche de la utilización de lista de elegibles para cargos creados con posterioridad a las convocatorias iniciales.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. COMPETENCIA.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Decisión del Sistema Oral, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 de la Carta Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente para conocer en segunda instancia de la impugnación del fallo de tutela.

2. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

2.1. Derechos fundamentales vulnerados: La Sala analiza los derechos fundamentales del debido proceso y acceso a cargos públicos.

2.2. Legitimación activa.

El art. 86 constitucional establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentran amenazados podrá interponer acción de tutela a través de un representante o en nombre propio. De lo anterior se desprende que hay diferentes formas para que se configure la legitimación por activa, entre las que se encuentran las siguientes[1]: a) cuando la interposición de la acción se realiza a través de apoderado judicial, b) cuando quien lo hace es el representante legal, ya sea de una empresa o de un menor de edad, de un interdicto, etc., c) cuando el afectado de manera directa propugna por sus derechos; d) y cuando se realiza a través de agente oficioso.

En el sub lite se da cumplimiento al literal c) dado que la actora solicita en nombre propio el amparo de los derechos fundamentales que considera le están siendo vulnerados.

2.3. Legitimación pasiva.

En la acción de tutela, la legitimación por pasiva corresponde a quien se le indilga la afectación de derechos constitucionales, procediendo contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente contra particulares, conforme al artículo 86 superior y artículo 1ro del Decreto 2591 de 1991.

[1] T-950 de 2008.

En el presente, se dirige en contra de la CNSC y el ICBF, los cuales se encuentran legitimados para esgrimir los argumentos de defensa, toda vez que la CNSC adelantó el proceso concursal para proveer las vacantes del ICBF en el marco de la Convocatoria Nro. 433 de 2016, en la cual la aspirante optó por un cargo que posteriormente fue nuevamente dispuesto para el ICBF aspirando por tanto la accionante la modificación y aplicación de la lista de elegibles ante las nuevas circunstancias.

2.4 Subsidiariedad.

Desde el punto de vista procesal, resulta imperativo para la Sala verificar los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela, habida cuenta que el presente asunto versa sobre un concurso de méritos.

Como es bien sabido, la acción de tutela fue concebida por el constituyente como una figura especial, revestida de unas características particulares, una de las cuales representa la subsidiariedad, es decir, dicha acción al estar encaminada a la protección inmediata de los derechos fundamentales no tiene la misma connotación que una acción ordinaria precisamente por su especialidad, por lo que la misma solo resulta procedente cuando se hayan agotado todas las vías ordinarias en aras de proteger el derecho fundamental conculcado, o cuando se está en presencia de un perjuicio irremediable fundado, haciendo procedente el amparo como mecanismo transitorio.

Así, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 que reglamentó la acción de tutela, dispone lo siguiente:

> "**Artículo 6º -** Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:
>
> **1.** Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla 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 el solicitante. (…)" (Subraya la sala)

De modo que, la acción de tutela comporta una naturaleza de carácter subsidiario, pues para su interposición debe acreditar gel accionante que los demás medios judiciales sean inexistentes o ineficaces y además de que se encuentre en un

estado de indefensión debido al perjuicio irremediable que lo acompaña, de esta manera, la invocación a los estrados de la mentada acción constitucional es loable, dado que el núcleo esencial de la misma atañe a la protección de los derechos fundamentales que sean vulnerados.

Respecto a los concursos de méritos y la procedencia de la acción de tutela, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación Nro. 011 del 08 de marzo de 2018, indicó:

> "En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en principio, la acción de tutela es improcedente. No obstante, ha señalado que los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa, bien sea a través de los medios de control de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho, no son los mecanismos idóneos y eficaces para proteger los derechos de los participantes del concurso de méritos, puesto que no es un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces, debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación desproporcionada de la vulneración de garantías fundamentales."

En consecuencia, pese a existir *en principio* mecanismos de defensa idóneos para controvertir la legalidad de los actos administrativos de los concursos de méritos, la celeridad que caracteriza los procesos de selección, desplaza la eficacia de las vías ordinarias por el tiempo que toma su resolución, habida cuenta que acudir a la jurisdicción acarrearía factiblemente perjuicios en el trámite concursal debido a las fases preclusivas.

3. DEL CONCURSO DE MÉRITOS.

La Ley 909 de 2004 regula el sistema de carrera, indicando en su artículo quinto, como regla general, la provisión de los empleos de carrera administrativa mediante concurso de méritos; ello propendiendo por la eficacia de la administración, así como la garantía al acceso de funciones de quienes demuestren mejores capacidades.

Lo anterior igualmente se traduce en el sometimiento de los aspirantes a las condiciones de las convocatorias, las cuales de manera previa deben ser dadas a conocer, de suerte que, surtido el proceso de inscripción, el interesado se sujeta a la reglamentación del concurso aceptando –*de manera voluntaria*- las pautas y condiciones del proceso concursal.

Ha indicado la Corte Constitucional[2]:

> "(..) la jurisprudencia constitucional ha expresado de manera uniforme y reiterada que los concursos **–** en tanto constituyen actuaciones adelantadas por las autoridades públicas **–** deberán realizarse con estricta sujeción *(i)* al derecho al debido proceso; *(ii)* al derecho a la igualdad y *(iii)* al principio de la buena fe[3]. Dicha obligación se traduce, en términos generales, en el imperativo que tiene la administración de ceñirse de manera precisa a las reglas del concurso ya que aquellas, como bien lo ha sostenido esta Corporación, constituyen "*ley para las partes*" que intervienen en él[4]."

A manera de síntesis la resolución de la convocatoria se convierte en la norma que rige el concurso y como tal, ambos extremos, parte organizadora y participantes, deben ceñirse a la misma.

4. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

Se encuentra acreditado que la CNSC mediante Acuerdo 2016000001376 del 05 de septiembre de 2016 convocó a concurso abierto de méritos para proveer empleos vacantes pertenecientes al Sistema de Carrera Administrativa de la Planta de Personal del ICBF, mediante Convocatoria 433[5].

De igual forma se encuentra acreditado que a través de la Resolución Nro. 20182230062575 del 22 de junio de 2018, se conformó lista de elegibles para proveer 05 vacantes del empleo Código OPEC 34820, denominado DEFENSOR DE FAMILIA, CÓDIGO 2125, GRADO 17, en la cual, la accionante LUISA MARÍA FLÓREZ VALENCIA, con un puntaje de 72.51, ocupó el puesto Nro. 06[6].

También, se encuentra probado que los cinco primeros elegibles fueron nombrados en periodo de prueba en el ICBF[7], por lo que al reconformarse la lista de elegibles **–** *aun vigente*- la accionante se encuentra en la posición Nro. 1.

Ahora, mediante el Decreto 1479 de 2017 *"Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras" y se dictan otras disposiciones",* dispuso en su artículo 2°:

---

[2] Sentencia T **–** 180 de 2015.
[3] Sentencia T-502 de 2010.
[4] Sentencia SU-913 de 2009. Reiterada en la Sentencia T-569 de 2011.
[5] Fls. 54 a 80 expediente digital segunda parte.
[6] Fl. 82 expediente digital segunda parte.
[7] Fls. 84 a 126 expediente digital segunda parte.

"Artículo 2o. Crear los siguientes empleos en la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras

PLANTA GLOBAL

NÚMERO DE CARGOS		DENOMINACIÓN DEL EMPLEO	Código	Grado
328	Trescientos veintiocho	Defensor de Familia	2125	17

"

A su turno, el ICBF en respuesta dada a la accionante el 24 de febrero de 2020[8] y en la respuesta allegada a esta acción constitucional, relacionó *"todas las vacantes definitivas del empleo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 (provistas en encargo, nombramiento provisional, sin proveer, vacantes desiertas) con las que cuenta el Instituto, incluyéndose los creados por el Decreto 1479 de 2017, con la correspondiente ubicación geográfica y rol definido en el Manual de Específico de Funciones y Competencias Laborales, vigente para el momento de la convocatoria, es decir, Resolución 4500 del 20 de mayo de 2016"* lo que da cuenta que, a la fecha existen cargos de Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 disponibles para el sistema de carrera administrativa.

Ahora, el Congreso expidió la **Ley 1960 de 2019** *"Por el cual se modifican –sic- la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones"* disponiendo en los artículos 6 y 7:

"**ARTÍCULO 6.** El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

"**ARTÍCULO 31.** El proceso de selección comprende:
1. (…)
2 (…)
3 (…)

4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. **Con esta** y en estricto orden de méritos **se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.**

ARTÍCULO 7. La presente Ley **rige a partir de su publicación**, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias."

[8] Folios 177 a 204 del expediente digital primera parte.

Es decir, que la lista de elegibles también sirve para cubrir vacantes definitivas de cargos equivalentes **no convocados** y que a pesar de que surjan con **posterioridad** a la convocatoria inicial de la entidad.

En razón de lo anterior, la Sala Plena de Comisionados del 01 de agosto de 2019, emitió concepto unificado "Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019.", indicando:

> "En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada."

No obstante lo anterior, el 16 de enero de 2020 la CNSC aprobó un nuevo Criterio Unificado sobre el "*USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUN10 DE 2019"*, variando sustancialmente su postura y aplicación respecto de la nueva ley, a saber:

> "Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas coma consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.
>
> De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, **deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes** de los empleos qua integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- **de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleo"** entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."
>
> (…)
>
> **Se deja sin efecto el Criterio Unificado de fecha 1 de agosto de 2019**, "Listas de elegibles en contexto de la Ley 1960 del 27 de junio do 2019", junto con su aclaración."(negrillas de la Sala del Tribunal)

Con base en el nuevo criterio aplicable por la CNSC, el ICBF en respuesta brindada a la accionante y en contestación a esta acción, aceptó la procedencia del nombramiento de la señora *Luisa María Flórez* para el *mismo cargo* ofertado fuera de la Convocatoria Nro. 433, sin embargo, destacó encontrarse desarrollando las gestiones necesarias con tal finalidad.

Así las cosas, halla la Sala Decisión acertada la postura adoptada en su criterio de Unificación por parte de la CNSC, *-el cual si bien no es de carácter vinculante-*, realiza un interpretación y aplicación favorable en pro de los derechos de los concursantes en el sistema de carrera, máxime cuando por mandato del artículo 130 superior, la CNSC, es la *"responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos."*

En todo caso, debe destacarse que **la Ley 1960 de 2019** expresamente habilitó que **las listas de elegibles apliquen para cargos creados con posterioridad** a las convocatorias donde inicialmente se ofertaron, ello en razón de la vigencia de dos años de la lista y *por consiguiente* la permanencia de la expectativa seria y legítima de quien adelantó y aprobó todas las etapas del proceso concursal, resultando razonable que con una lista aún vigente se pueda optar por un *mismo cargo* que surja después del concurso inicial, habida cuenta que ya optó por él y obtuvo un resultado favorable, pudiendo entonces aspirar al mismo cargo creado después, toda vez que en esencia ya superó los requisitos necesarios para ocuparlo; ello desde luego *antes del fenecimiento de la lista.*

Sumado a lo anterior, se precisa que la regla general debe ser la ocupación por meritocracia de los cargos a través del sistema de carrera, luego entonces, resulta por disposición legal *[Ley 909 de 2004 y sus modificaciones[9]]* y *constitucional [art. 125, 130, 253, 256, 266, 268, entre otros]* acertado propender por el logro del

[9] - Modificada por la Ley 1960 de 2019, 'por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones', publicada en el Diario Oficial No. 50.997 de 27 de junio 2019.

- Modificado por el Decreto Ley 894 de 2017, 'por el cual se dictan normas en materia de empleo público con el fin de facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera', publicado en el Diario Oficial No. 50.247 de 28 de mayo de 2017.

- Modificada por la Ley 1575 de 2012, 'por medio de la cual se establece la Ley General de Bomberos de Colombia', publicada en el Diario Oficial No. 48.530 de 22 de agosto de 2012.

- Modificado por el Decreto 19 de 2012, publicado en el Diario Oficial No. 48.308 de 10 de enero de 2012, 'Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública'.

- Modificada por la Ley 1093 de 2006, publicada en el Diario Oficial No. 46.395 de 18 de septiembre de 2006, 'Por la cual se crean los literales e) y f) y un parágrafo del numeral 2 del artículo 5o de la Ley 909 de 2004'

- Modificada por la Ley 1033 de 2006, publicada en el Diario Oficial No. 46.334 de 19 de julio de 2006, 'Por la cual se establece la Carrera Administrativa Especial para los Empleados Públicos no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y de sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas al sector Defensa, se derogan y modifican unas disposiciones de la Ley 909 de 2004 y se conceden unas facultades conforme al numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política'.

acceso a los empleos públicos –*salvo sus excepciones*- a través del sistema de concurso de méritos.

Ahora, si bien la entidad enjuiciada *ICBF* reconoce en la contestación de la acción el derecho que le asiste a la actora en razón de la Ley 1960 de 2019, lo cierto es que, únicamente se ciñó a indicar ligeramente estar adelantando actuaciones administrativas necesarias, escudándose en la rigurosidad del trámite y sin dar prueba fehaciente al expediente de haber adelantado gestión alguna, ello en contraste con la manifestación de la CNSC de desconocer cualquier actuación del ICBF; incluso pretende la entidad nominadora la nulidad de lo actuado al no haberse llamado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público ante quien debe solicitar el registro presupuestal; circunstancias administrativas que en todo caso debe llevar a cabo la entidad de forma ágil y célere toda vez que no puede dar al traste a los derechos con formalismos, los cuales si bien son necesarios y no se desconoce su importancia no pueden estar por encima de una materialización efectiva y garantista del *deber ser*.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia bajo el entendido de amparar los derechos de la actora, sin embargo, se modificarán las órdenes impartidas a las entidades enjuiciadas, habida cuenta que es necesario precisar que el cargo a optar corresponda al *mismo cargo* para el cual se concursó en la Convocatoria 433 de 2016.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo del Valle del Cauca**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º. MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la Sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartago, los cuales para todos los efectos legales, serán los siguientes:

> "**SEGUNDO: ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF**, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, si aun no lo ha hecho, reporte las vacantes de la OPEC correspondiente o actualice la existente en el SIMO, y solicite ante la CNSC el uso de la lista de elegibles de la actora, LUISA MARÍA FLÓREZ, para el empleo identificado con el OPEC 34820, denominado DEFENSOR DE

FAMILIA, CÓDIGO 2125, GRADO 17, ofertado en el marco de la Convocatoria Nro. 433 a fin de proveer *con la accionante* la vacante definitiva existente en la entidad que corresponda al mismo empleo, incluyendo las creadas mediante el Decreto 1479 de 2017 y todas aquellas iguales no provistas *–aun-* por el sistema de carrera administrativa.

ORDENAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC, que a una vez solicitada por parte del ICBF el uso de la lista de elegibles de la accionante, emita su autorización y proceda a remitir la lista de elegibles a la entidad. Actuación para la cual contará con 48 horas una vez el ICBF adelante el trámite anterior.

TERCERO: ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, que dentro del término de cinco (5) días hábiles, contados a partir del recibo de la lista de elegibles por parte de la CNSC, efectué los trámites necesarios para el nombramiento y posesión en periodo de prueba de la accionante."

2°. **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia impugnada.

3° REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo, vencido el término de que trata el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y levantada la suspensión de términos de la revisión eventual de tutelas, conforme a lo dispuesto en el literal a) del numeral 1º., del art. 2 del Acuerdo 11532 de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura.

4° NOTIFICAR a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, atendiéndose que, el Consejo Superior de la Judicatura en el marco de la emergencia nacional por el COVID-19 expidió el Acuerdo PCSJA20-11532 del 11 de abril de 2020, *"Por medio del cual se prorrogan las medidas de suspensión de términos, se amplían sus excepciones y se adoptan otras medidas por motivos de salubridad pública"* disponiendo en el artículo 6° entre otras cosas, que *"[E]n la recepción, gestión, trámite, decisión y de las actuaciones judiciales y administrativas, si corresponde, se privilegiará el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, de preferencia institucionales, en concordancia con lo previsto en el artículo 3º del Decreto 491 de 2020. Los jueces utilizarán preferencialmente los medios tecnológicos para todas las actuaciones, comunicaciones,* ***notificaciones****, audiencias y diligencias, y*

permitirán a las partes, abogados, terceros e intervinientes actuar en los procesos mediante los medios tecnológicos disponibles, evitando exigir y cumplir formalidades físicas innecesarias", lo anterior, destacándose que la parte actora dispuso e-mail para efectos de notificación en el escrito de la tutela[10], al tiempo que las entidades accionadas cuentan igualmente con dicho medio.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha (Acta No.)

Los Magistrados,

EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS

ÓSCAR SILVIO NARVÁEZ DAZA

IAGS

[10] Fl. 46 expediente digital – primera parte.

JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA

Bucaramanga, treinta (30) de abril de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

EXPEDIENTE No:	680013333008-2020-00079-00.
ACCIÓN:	TUTELA.
ACCIONANTE:	MARTHA LUCIA PERICO RICO.
ACCIONADO:	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC- e INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF-.
DERECHO FUNDAMENTAL:	PETICIÓN, IGUALDAD, TRABAJO, DEBIDO PROCESO y ACCESO A CARGOS PÚBLICOS.

En ejercicio de la **ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA**, la señora **MARTHA LUCIA PERICO RICO** acude ante esta jurisdicción en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC-**, y el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF-**, con el fin de solicitar el amparo de sus derechos fundamentales de petición, igualdad, debido proceso, trabajo y acceso a cargos públicos.

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS (Fol. 2 a 37).

Manifiesta la actora, que mediante **Acuerdo No.** 20160000001376 del 5 de septiembre de 2016, la **CNSC** convocó a concurso de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal del **ICBF**, convocatoria a la que sostiene se inscribió para optar por una vacante en el cargo de: *"DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17"*.

De manera posterior a la publicación del acuerdo de convocatoria, el Gobierno Nacional expidió el *Decreto 1479 de 2017*, que suprimió cargos temporales de la planta de personal del **ICBF**, y creó otros de carácter permanente, dentro de los que se encontraban cargos de *código 2125, grado 17*, para lo cual y en aras de su distribución, el director general de la institución expidió la **Resolución No.** 7746 del 5 de septiembre de 2017, que resolvió, entre otros aspectos, que para de los 328 cargos creados de *"DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17"*, 9 de ellos serían para la seccional **SANTANDER.**

De lo anterior, afirma la actora, que las vacantes creadas a partir del *Decreto 1479 de 2017*, y distribuidas mediante la **Resolución No.** 7746 del 5 de septiembre de 2017, no fueron tenidas en cuenta dentro de las vacantes ofertadas en el acuerdo de convocatoria, argumentando la entidad que para la fecha de este último regía la *Ley 909 de 2004*.

Dicho esto, aduce que, una vez surtidas todas las etapas de la convocatoria, incluida la aplicación de las pruebas, la **CNSC** publicó a través del portal web del *Banco Nacional de Listas de Elegibles*, la **Resolución No.** CNSC – 20182230124605 del 3

Escaneado con Car

de septiembre de 2018, a través de la cual se conformó la lista de elegibles para el cargo al que había optado, encontrándose la accionante en la posición No. 28 de la misma, con una vigencia de dos (2) años a partir de su firmeza, que en palabras de la actora, vence el próximo 13 de septiembre de 2020.

Es así entonces que, sostiene que una vez conformada la lista de elegibles, decidió comunicarse con el área de talento humano del **ICBF**, con la finalidad de conocer si dicha Institución ya había nombrado y posesionado en periodo de prueba a los 19 elegibles que habían ocupado los primeros lugares dentro de la lista para el cargo de: *"DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17"*, a lo que se le informó que en efecto así había ocurrió, de ahí que, acorde con lo dispuesto en el *artículo 63* del acuerdo de convocatoria, ante la existencia de actos administrativos de nombramiento y posesión, por recomposición de lista, pasó de ocupar la posición No. 28 a estar en el 9º lugar de la misma.

En ese estado de cosas, refiere que, con fecha 22 de noviembre de 2018, la **CNSC**, expidió la **Resolución No.** CNSC – 20182230156785, a través de la cual, entre otros aspectos, resuelve revocar el *artículo 4º* de la **Resolución No.** CNSC – 20182230124605 del 3 de septiembre de 2018, que conformó la lista de elegible del acuerdo de convocatoria examinado, y que establecía lo siguiente:

"ARTICULO 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."*

Corolario a esto, afirma que, con fecha 4 de diciembre de 2018, la **CNSC**, expide **Resolución No.** CNSC – 20182230162005, a través de la cual declara desierto el concurso para algunas vacantes ofertadas para el **ICBF**, dentro de las que se encontraban tres (3) para el cargo de: *"DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17"*, no obstante, a consecuencia de la revocatoria del artículo 4º del acuerdo de convocatoria, sostiene, el **ICBF** no puedo hacer uso de su lista, haciendo que dichas vacantes quedaran ocupadas por personal de carácter provisional, vulnerando, en sus palabras, *"el principio del mérito como elemento principal de la provisión de vacantes dentro del empleo público."*

Bajo ese contexto, expone, con fecha 27 de junio de 2019, el *Congreso de la Republica* expidió la *Ley 1960* del mismo año, a través de la cual se modificaba, entre otras normativas, la *Ley 909 de 2004*, y en la que se disponía en su artículo 6º una modificación al *numeral 4 del artículo de la Ley 909 de 2004*, según la cual en los procesos de selección: *"en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad"*, dando pie así a la posibilidad de proveer vacantes posteriores a la convocatoria inicial del concurso de méritos.

Ante tal situación, aduce la actora, la *Sala Plena de Comisionados* de la **CNSC** con fecha 1 de agosto de 2019, resuelve expedir *Criterio Unificado*, con relación a

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Consejo de Estado
Jurisdicción Contenciosa Administrativa de Santander

Escaneado con Cam

conformación de lista de elegibles en el marco de creación de la *Ley 1960 de 2019*, en el sentido de concluir que: *"el nuevo régimen conforme con el cual las listas del elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijados por la Ley ampliamente mencionada."*

Como consecuencia de la anterior postura unificada, señala, se han venido presentando sendos pronunciamientos jurisdiccionales, los cuales trae en cita, y que sugiere, han sido generados a partir de acciones constitucionales como la presente, en contra de la **CNSC** por la negativa de hacer uso de listas de elegibles sobre cargos sobrevinientes de conformidad con la *Ley 1960 de 2019*.

Dicho esto, señala que, con fecha 16 de enero de 2020, y en razón de los referidos pronunciamientos de la Jurisdicción, la *Sala Plena de Comisionados* de la **CNSC**, emite un nuevo *Criterio Unificado* acerca del uso de las listas de elegibles, resolviendo esta vez que: *"las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un numero de OPEC"*.

De ahí que por lo anterior, y en atención a la publicación de la **CNSC**, de una orden de cumplimiento a una sentencia de tutela en favor de la señora **JESSICA LORENA REYES CONTRERA**, con fecha 20 de febrero de 2020, refiere, eleva de manera conjunta derechos de petición ante la **CNSC**, y el **ICBF**, en los que les manifiesta que presenta idénticos fundamentos facticos, y jurídicos a los de otra tutelante, y que por tal se le concedan las pretensiones en ellos formuladas, esto es, se realicen las acciones administrativas necesarias para que se provean bajo el principio del mérito, las vacantes definitivas disponibles para el cargo de: *"DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17"*, haciendo uso de la lista de elegibles publicada a través de la **Resolución No.** CNSC – 20182230124605 del 3 de septiembre de 2018.

Frente a las referidas peticiones, sostiene, a la fecha no ha recibido respuesta de la **CNSC**, y el pronunciamiento otorgado por el **ICBF**, se limitó a reiterar los lineamientos acordados por los *Criterios Unificados* de la *Sala Plena de Comisionados*, respecto de la aplicación de la *Ley 1960 de 2019*, pero sin hacer mención acerca del *artículo 6º* de la misma y de la posibilidad de posesionarse en uno de los nuevos cargos de creación posterior a la convocatoria, y que actualmente se encuentran vacantes, ello pues, afirma, con fecha 24 de febrero de 2020, la propia ICBF así se lo manifestó, toda vez que a través de comunicado radicado bajo el No. 20201210000048271, le informó que en el Departamento de Santander, había un total de once (11) vacantes *Código 2125, Grado 17*, que a la fecha se encuentran ocupadas por funcionarios en calidad de provisionalidad, encargo e incluso, pendientes por ser provistas.

Escaneado con Cam

Finalmente, refiere, su lista de elegibles perderá vigencia, el día 13 de septiembre de 2020, y a la fecha las entidades accionadas siguen sin dar respuesta de fondo a lo solicitado en sus peticiones, lo que da pie a que se demuestre el perjuicio irremediable a ser causado, pues solo quedan cinco (5) meses, para que tanto la **CNSC**, como **ICBF**, realicen todas las labores administrativas necesarias para proveer los cargos que se encuentran vacantes, en tanto de no hacerlo así, se estaría vulnerando además, la expectativa legítima de acceder un cargo público, que jurisprudencialmente ha sido reconocida por la H. Corte Constitucional, razón por la que solicita el amparo de sus derechos fundamentales y la procedencia de las pretensiones que al efecto serán enunciadas.

2. PRETENSIONES (Fol. 38 a 39).

Solicita se tutelen los derechos fundamentales de petición, trabajo, igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos, y en consecuencia, se ordene a la **CNSC**, y al **ICBF**, acaten las disposiciones normativas contenidas en la *Ley 1960 de 2019* y en el *Criterio Unificado*, expedido por la *Sala Plena* de la **CNSC**, el 16 enero de 2020.

Corolario a lo anterior, con base en el derecho fundamental a la igualdad, y en consideración al fallo de tutela de segunda instancia expedido por el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA**, mediante número de radicado *760013333021201900234-01*, interpuesto por la elegible **JESSICA LORENA REYES CONTRERAS**, solicita se ordene a las entidades accionadas de manera conjunta realicen los actos tendientes para que provean 328 vacantes *Código 2125, Grado 17*, creadas por el *Decreto 1479 de 2017* y distribuidos por la *Resolución No. 7746 de 2017*, haciendo uso de la lista de elegibles contenida en la **Resolución No.** CNSC – 20182230124605 del 3 de septiembre de 2018.

Finalmente, solicita de manera subsidiaria, y en caso de existir en la ciudad de Bucaramanga, o en otra regional del país, una o más vacantes definitivas disponibles denominada *"DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17"*, se provean las mismas, se provean con la **Resolución No.** CNSC – 20182230124605 del 3 de septiembre de 2018.

II. TRAMITE PROCESAL

A la presente acción de tutela se le dio el trámite preferencial contemplado en el *Decreto 2591 de 1991*, se admitió la acción en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL,** y el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**, procediendo a notificarlas, quienes dentro del término de traslado, concurrieron en los siguientes términos:

1. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-.

Concurre por conducto de su Asesor Jurídico, quien en primera medida hace una manifestación acerca de la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos de carácter individual, que en su considerar para casos como el que nos ocupa, en el que se cuestiona la ubicación en una lista de elegibles, se torna improcedente, en tanto la tutela pierde su carácter excepcional, pues existencia otros mecanismos idóneos para su contradicción, como lo son los medios de control

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Consejo de Estado
Jurisdicción Contenciosa Administrativa de Santander

Escaneado con Cam

de nulidad, y nulidad y restablecimiento del derecho, regulados en la *Ley 1437 de 2011*, y que se encuentran a disposición de la actora.

Dicho esto, frente a los hechos de la demanda, hace una estudio conciso acerca de cada uno de los mismos, destacando como puntos importantes que, primero, en lo referente a la planta de personal del **ICBF** y su composición, no tiene competencia o injerencia alguna, por lo que desconoce acerca de la creación y/o supresión de empleos que hubieren podido surtirse dentro de dicha entidad, segundo, respecto de la expedición de la *Ley 1960 de 2019*, si bien en su *artículo 6°*, modifico el *numeral 4° de la Ley 909 de 2004*, lo cierto es que, dicha norma no resulta aplicable a la convocatoria No. 433 de 2016, y tercero, que aun cuando la **CNSC** dio cumplimiento a orden de tutela contenida en sentencia del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA**, en favor de la señora **JESSICA LORENA REYES CONTRERAS**, no es menos que, sigue sin estar de acuerdo con dicha postura, pues insiste, la aplicación de la *Ley 1960 de 2019*, no resulta procedente, toda vez que para la fecha de publicación de la referida norma, el concurso ya había concluido.

Ahora bien, como argumentos de defensa, señala, que la participación en un concurso de méritos, *per se* no genera un derecho adquirido a los aspirantes, pues para que tal derecho les sea atribuido, ha de cumplirse con todos los requisitos legales y superar todas las etapas del proceso de selección, y aun con ello, el derecho adquirido solo le será predicable, de los elegibles que ocupan las primeras posiciones de la lista, y que por tal con base en el numero de vacantes ofertadas pueden ser nombrados, pues respecto de los demás solo surge una mera expectativa, por lo que en esa linea, respecto de la lista contenida en la **Resolución No.** CNSC – 20182230124605 del 3 de septiembre de 2018, solo los aspirantes que ocuparon los primeros diecinueve (19) lugares, son quienes adquirieron su derecho de carrera, y los demás, como en el caso de la actora que ocupo la posición 28, está a la espera a que se genere una vacante del mismo empleo durante la vigencia de la precitada lista, esto es, hasta el 13 de septiembre de 2020.

Finalmente, sostiene que, a la fecha no existe solicitud de uso de lista de elegibles por parte del **ICBF**, para proveer vacantes ofertadas con el **OPEC No.** 34772, por lo que sugiere que, en el eventual caso en que dicha institución, en la actualidad, disponga de vacantes, con la misma denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, deberá registrarlas en **SIMO**, y expedir el correspondiente *Certificado de Disponibilidad Presupuestal*, para que la **CNSC** proceda a autorizar dicho uso y se provean definitivamente las vacantes existentes, por lo que en ese orden, y ante las consideraciones antes expuestas, solicita que, ante la inexistencia de vulneración a los derecho fundamentales de la actora, se declare la improcedencia del medio constitucional, y con ello la desvinculación de la **CNSC**, además porque la competencia de la Comisión solo va hasta la expedición de las listas, y de su uso, y nombramientos, es de la facultad exclusiva del **ICBF**.

2. INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-.

Vencido el termino de traslado, se abstuvo de emitir pronunciamiento, lo que da lugar a la aplicación de lo previsto en el *artículo 21 del Decreto 2591 de 1991*, esto es, que se tomen como ciertas las afirmaciones hechas por el accionante.

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Consejo de Estado
Jurisdicción Contenciosa Administrativa de Santander

Escaneado con Cam

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN.

La *Carta Política de 1991*, en su *artículo 86* instituyó la acción de tutela como el mecanismo constitucional a través del cual, cualquier persona puede solicitar ante los jueces, la protección de sus derechos fundamentales, cuando consideren que estos están siendo amenazados o vulnerados, por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.

Dicha acción fue desarrollada por el *Decreto 2591 de 1991*, que en su *artículo 6* consagra como uno de los presupuestos para su procedencia que, no exista en el ordenamiento jurídico otra acción o medio judicial ordinario para la protección de los derechos considerados desconocidos, lo que quiere decir que la tutela es un mecanismo residual, que solo opera ante la inexistencia de aquellos, o cuando existan, estos se tornan ineficaces para la defensa de los derechos cuyo amparo se persigue, ante la presencia de un perjuicio irremediable.

Así entonces, respecto al derecho de petición se tiene que, se encuentra instituido en el *artículo 23 constitucional*, el cual establece la potestad que le asiste a toda persona de presentar peticiones respetuosas de interés general o particular ante las autoridades y, a obtener de ellas una respuesta.

De esta manera, en sujeción de los postulados constitucionales y de la interpretación y alcance jurisprudencial sobre el derecho de petición, es claro que a las autoridades –*inclusive particulares*- a las que se les dirige una petición, les asiste el deber de dar respuesta de fondo dentro del plazo establecido por la ley, lo cual comprende la prohibición de respuestas evasivas o abstractas, sin querer decir con ello que la respuesta deba ser favorable. La respuesta de fondo implica un estudio riguroso del requerimiento del peticionario, de conformidad con las competencias de la autoridad frente a la que ha sido presentada la petición.

En ese sentido, la garantía al derecho de petición conlleva que el peticionario conozca la respuesta a su solicitud, es decir, que se le notifique o ponga en su conocimiento en la forma indicada por el solicitante o por cualquier medio expedito y eficaz.

Ahora bien, frente a la procedencia de la acción de tutela en casos como en el que nos acoge, en el que se debate la solicitud de sustitución pensional de sobreviviente, la H. Corte Constitucional, ha sido muy precisa en referir que:

"El núcleo esencial del derecho de petición entonces, cuando del reconocimiento a las prestaciones pensionales por sobrevivencia se trata, supone que en el iter administrativo se expidan los actos de trámite para llegar al acto administrativo definitivo de reconocimiento pensional dentro de los plazos perentorios previstos en la Ley, por lo que la omisión del ente de Previsión Social de pronunciarse sobre la inclusión del beneficiario en la nómina de pensionados, vulnera los derechos fundamentales de petición y del debido proceso administrativo de éste, compete al Juez Constitucional su amparo por vía de tutela."

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Consejo de Estado
Jurisdicción Contenciosa Administrativa de Santander

Escaneado con Cam

Y en esa línea, cuando el derecho de petición es ejercido en este tipo de trámites por personas de la tercera, el Alto Tribunal, ha manifestado que:

"En definitiva, la tutela procede como mecanismo de protección de los derechos pensionales para las personas de la tercera edad, en razón de sus condiciones particulares de debilidad, en tanto requieren que las medidas se tomen de forma pronta para garantizar que puedan mantener las condiciones de dignidad durante la última etapa de su vida. *Así, los mecanismos de defensa ordinarios que puedan estar disponibles, pierden su eficacia y su idoneidad para resolver asuntos relacionados con el reconocimiento y pago de derechos pensionales para este grupo poblacional, resultando desproporcional exigirles someterse a este tipo de procesos."*[1] ***(Subrayado y negrilla fuera de texto original).***

2. DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO.

Contenido en el *artículo 29 de la Constitución Política* el debido proceso es un principio rige todas las actuaciones administrativas o judiciales que adelanten los administrados. Como una materialización de la garantía de este derecho, los accionantes de dichas actuaciones, tiene derecho a: *"(i) ser oído durante toda la actuación,(ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la Ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso"*, tal y como lo ha sostenido la H. Corte Constitucional .

Así las cosas, en tratándose de la procedencia de la tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales como la petición o el debido proceso cuando se cuestiona el procedimiento, no existe ningún medio judicial para procurar su defensa, lo que en principio daría lugar a que en relación con esta tutela procediera de manera directa para propender por su garantía efectiva, no obstante, previo a tal determinación es importante acometer un estudio en iguales términos, frente a la procedencia del medio constitucional cuando se controvierten actuaciones derivadas de un concurso de méritos, como la que hoy nos ocupa.

3. DEL DERECHO DE ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA Y SU PROCEDENCIA EXCEPCIONAL VIA TUTELA.

La Constitución Política impone como **principios cardinales** para el acceso a los empleos públicos: el sistema de carrera, el mérito y la igualdad (*artículos 13 y 125 superiores*). Estos han sido considerados por la doctrina constitucional como **elementos definitorios** del modelo constitucional adoptado en la Carta de 1991, luego constituyen pilares deontológicos sobre los cuales está cimentado nuestro ordenamiento jurídico.

[1] Corte Constitucional, Sentencia del 25 de abril de 2017, M.P. JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS, Rel. T – 245 de 2017, Bogotá D.C.

Escaneado con Cam

El sistema de carrera procura no sólo la materialización de derechos fundamentales relacionados con la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, el acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad y las garantías mínimas laborales consagradas en el *artículo 53 superior*, sino también el cumplimiento de los fines del Estado, en la medida que, con la elección de las personas más idóneas, procura un "*servicio eficaz sometido en todo momento a la búsqueda constante de la materialización de los intereses generales tal como preceptúa el artículo 209 del texto constitucional*"[2].

Sobre la importancia constitucional de la carrera administrativa, la jurisprudencia ha señalado que ésta "*no constituye un referente aislado, pues sus relaciones con distintos preceptos y postulados constitucionales se despliegan en tres órdenes, relativos al cumplimiento de los fines del Estado, a la vigencia de algunos derechos fundamentales y al respeto del principio de igualdad, de manera que la carrera (...) constituye un eje definitorio de la identidad de la Constitución y su ausencia trastoca relevantes contenidos de la Carta adoptada en 1991*"[3]. **(Subrayado y negrilla fuera de texto original).**

Dicho esto, es importante el reseñar, que revisadas las pretensiones de la acción de tutela en estudio, para el Despacho resulta claro que con esta se busca lograr el cumplimiento de los parámetros normativos contenidos en la *Ley 1960 de 2019* y en el *Criterio Unificado*, expedido por la *Sala Plena* de la **CNSC**, el 16 enero de 2020, situación que de entrada daría pie a que, acorde con la jurisprudencia constitucional, la tutela perdiera su carácter subsidiario, habida consideración de existir un mecanismo idóneo para alcanzar la protección aquí debatida, como lo es la acción de cumplimiento, medio a través del cual la actora podría acudir ante autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos, no obstante lo anterior, la *H. Corte Constitucional*, ha precisado que cuando la acción de cumplimiento se contrapone a la acción de tutela, la primera pierde su carácter principal y pasa a ser subsidiaria respecto de la acción constitucional, siempre que con esta ultima se busque la protección directa de derechos fundamentales que eventualmente puedan verse vulnerador; para lo pertinente se cita lo siguiente:

*"En síntesis, la acción de cumplimiento es un mecanismo judicial mediante el cual se pretende obtener cumplimiento a mandatos expresos contenidos en normas con fuerza material de ley o actos administrativos. **Se trata de una acción subsidiaria respecto de la acción de la tutela, de manera que esta última es prevalente cuando lo que se busca es la protección directa de derechos constitucionales fundamentales que pueden verse vulnerados o amenazados por la omisión de una autoridad**. En contraste, cuando la pretensión se dirige a que se garanticen derechos de orden legal o que la administración aplique un mandato legal o administrativo, específico y determinado, procede la acción de cumplimiento."*[4] *(Subrayado y negrilla fuera de texto original).*

---

[2] Rincón Córdoba, Jorge Iván, "Derecho Administrativo Laboral", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pág. 154. Sobre los objetivos de la carrera, analícese la Sentencia C-034 de 2015.
[3] Corte Constitucional, Sentencia del 16 de noviembre de 1994, M.P. ANTONIO BARRERA CARBONELL, Ref. C-514 de 1994, Bogotá D.C.
[4] Corte Constitucional, Sentencia del 8 de agosto de 2018, M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, Ref. SU – 077 de 2018, Bogotá D.C.

Escaneado con Cam

Ahora bien, frente a casos como el examinado, en los que no se cuestiona la legalidad de los actos administrativos expedidos en el marco de un concurso de méritos, sino el cumplimiento de normas que les resulta aplicable a los mismos, la *H. Corte Constitucional*, ha referido acerca de la procedencia de la tutela, lo siguiente:

"(...) esta Sala de Revisión encuentra que ***la acción de amparo constitucional se convierte en el mecanismo idóneo de defensa judicial para resolver la controversia sometida a revisión****, por una parte, porque las pretensiones del accionante no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, pretensión para la cual puede acudir a los medios de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo,* ***sino que pretende demostrar que la aplicación de estas normas, en su caso concreto, lesiona sus derechos fundamentales.***"[5] *(Subrayado y negrilla fuera de texto original).*

De lo anterior es ineludible entonces, que en el particular se está frente a un asunto en el que la acción de tutela resulta ser el medio idóneo para la protección de los derechos fundamentales invocados, pues ante la inminencia de la perdida de vigencia de la lista de elegibles de que hace parte la señora **MARTHA LUCIA PERICO RICO**, da pie a que ante la presunta inaplicabilidad normativa del *Ley 1960 de 2019*, puedan eventualmente verse violentados los derechos fundamentales que hoy se examinan, razón esta suficiente por la que el Despacho al amparo de la jurisprudencia constitucional procederá al estudio de fondo de la presente acción de tutela en los términos que a continuación se exponen.

4. CASO EN CONCRETO.

Se tiene en el presente asunto que, pretende la actora le sean amparados sus derechos fundamentales de petición, trabajo, igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos, que presuntamente están siendo vulnerados por las entidades accionadas, ante la falta de aplicación de lo dispuesto en la *Ley 1960 de 2019* y en el *Criterio Unificado*, expedido por la *Sala Plena* de la **CNSC**, el 16 enero de 2020.

De su lado, la accionada **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-**, considera no existe vulneración a derecho fundamental alguno, en tanto lo dispuesto en el *artículo 6º de la Ley 1960 de 2019*, no resulta aplicable a la convocatoria No. 433 de 2016, de la que hizo parte la actora, toda vez que, a la entrada en vigencia de la referida norma, la lista de elegibles ya había sido conformada, y todas las etapas del concurso habían finalizado.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 21 del Decreto 2591 de 1991*, ante la falta de contestación en sede de tutela por parte del **ICBF**, se tendrán como ciertas todas las manifestaciones que sobre este fueron realizadas por la actora en su escrito tutelar, concretamente, lo relacionado a la creación de cargos *código 2125, grado 17*, a través del *Decreto 1479 de 2019*; la distribución de 9 cargos de dicha categoría para la seccional **SANTANDER**, conforme lo dispuesto en la **Resolución No.** 7746 del 5 de septiembre de 2017; y lo referente a que en la

[5] Corte Constitucional, Sentencia del 8 de agosto de 2018, M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, Ref. SU – 077 de 2018, Bogotá D.C.

Escaneado con Cam

actualidad hay un total de 11 vacantes *Código 2125, Grado 17*, que a la fecha se encuentran ocupadas por funcionarios en calidad de provisionalidad, encargo e incluso pendientes por ser provistas por el **ICBF**.

Así entonces, sea lo primero señalar que, acorde con lo expuesto en el marco normativo y jurisprudencial, el sistema de carrera favoreciendo el mérito y como un elemento definitorio y esencial del modelo constitucional de la *Carta Magna de 1991*, es un pilar fundamental sobre el que se cimienta el ordenamiento jurídico actual, es así como desde la expedición de la norma superior, sendas han sido las regulaciones que han pretendido fortalecerlo y garantizar su acceso como un derecho, dentro de las que se encuentra la *Ley 909 de 2004*. *"Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"*, estatuto que vino a desarrollarlo y que desde su expedición ha sido objeto de múltiples modificaciones, una de ellas fue la realizada a partir de la expedición de la *Ley 1960 de 2019*[6], en la que entre otras disposición, en su *artículo 6°*, modifica el *numeral 4° de su artículo 31* en los siguientes términos: ***"ARTÍCULO 31.*** *El proceso de selección comprende:*

1. *(...)*

2. *(...)*

3. *(...)*

4. *Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso* ***y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.***" *(Subrayado y negrilla fuera de texto)*

De ella se tiene entonces, que a partir de su expedición y publicación, que data del 27 de junio de 2019, se abre paso a que en los concursos de mérito, una vez surtidas todas las etapas del proceso de selección, y conformada la correspondiente lista de elegibles, se cubran tanto las vacantes de cargos que inicialmente fueron ofertadas en la convocatoria, como de aquellas que si bien son equivalentes a las ofertadas, no fueron convocadas, pues surgieron con posterioridad al concurso de méritos.

Así entonces, traído en contexto el anterior recuento normativo al asunto de marras, encontramos que la señora **MARTHA LUCIA PERICO RICO**, en ejercicio de su derecho de acceso a la carrera administrativa, se inscribió a la **CONVOCATORIA PÚBLICA DE EMPLEO No.** 433 de 2016, que proveía cargos definitivos para la planta de personal del **ICBF**, optando por el cargo de: *"DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17"*, que para **SANTANDER** ofertaba un total de 19 vacantes, de ahí que una vez surtidas todas las etapas, y conformada la lista de elegibles, la actora ocupó el lugar 28 de la misma, lo cual en principio no le otorgaba la posibilidad de posesionarse en el cargo para el que había concursado. No obstante, en el curso de la convocatoria, el Gobierno Nacional, creó 9 cargos de la misma categoría para

[6] "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998"

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Consejo de Estado
Jurisdicción Contenciosa Administrativa de Santander

Escaneado con Car

la seccional **SANTANDER**, danto un total de 28 vacantes, esto es, las 19 inicialmente ofertadas, más las 9 de creación posterior.

Y en esa línea, si bien es cierto al momento de la expedición del *Decreto 1479 de 2017*, y la emisión de la **Resolución No.** 7746 del 5 de septiembre de 2017 por parte del **ICBF**, se encontraba vigente, el *numeral 4º original del artículo 31 de la Ley 909 de 2004*, esto es, que las vacantes se distribuirían en estricto orden de mérito, pero solo frente a las cuales se efectuó el concurso, no es menos, que dicha preceptiva, como se dijo, fue modificada por el *artículo 6º de la Ley 1960 de 2019*, y aun cuando acorde con lo referido por la **CNSC**, al empezar a surtir efectos dicha Ley, ya habían finalizado todas las etapas del concurso, lo que daría lugar a la imposibilidad de aplicar la norma de forma retroactiva, tampoco puede ser desconocido el hecho de que para el momento de su expedición, se encontraba vigente la lista de elegibles conformada a través de la **Resolución No.** CNSC – 20182230124605 del 3 de septiembre de 2018, e incluso a la fecha continua vigente, por lo que es ineludible entonces, que se está frente a una situación jurídica que sigue sin ser consolidada, y que solo adquiriría tal carácter, bien cuando la actora se posesione en el cargo para el que se postuló, o con el vencimiento de la lista, lo que abre la posibilidad a que los efectos normativos contenidos en el referido *artículo 6º* le resulten aplicables en el caso de la actora, pues incluso así lo ha reconocido la H. Corte Constitucional, quien acerca del carácter retroactivo y retrospectivo de las normas, ha precisado lo siguiente:

"De las sentencias estudiadas se extrae, en conclusión, que (i) por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; (ii) ***el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; (iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica*** *y; (iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en cuanto el propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados."[7] (Subrayado y negrilla del Despacho).*

De lo anterior, es concluyente entonces que, aun cuando el concurso de méritos del que hace parte la actora se originó con anterioridad a la entrada en vigencia de la *Ley 1960 de 2019*, en todo caso, a la fecha el derecho que se deriva de su participación, esto es, posesionarse en el cargo para el que se inscribió, sigue sin ser consolidado, derecho además que si bien en estos momentos, acorde como así lo señala la **CNSC**, se retrae a una mera expectativa, no es menos cierto que hasta que no pierda vigencia la lista de elegibles, como ya se mencionó, es una expectativa completamente legítima en favor de la señora **MARTHA LUCIA PERICO RICO**, por lo que en ese orden, mal haría este Despacho el desconocer los efectos

[7] Corte Constitucional, Sentencia del 22 de febrero de 2011, M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, Ref. T – 110 de 2011, Bogotá D.C.

Escaneado con Car

irrogados a partir de la modificación de la *Ley 909 de 2004*, cuando estos, además por favorabilidad normativa, le resultan aplicables perfectamente a la situación de la actora, sin que *per se* una decisión en tal sentido se genere en detrimento del principio de irretroactividad de la Ley, pues, se repite, se está frente a una situación fáctica y jurídica que a la fecha sigue sin ser consolidada.

Argumentos de aplicación normativa, que toman aun mayor peso, si en cuenta se tiene lo contenido el *Criterio Unificado* de fecha 16 de enero de 2020, a través del cual la *Sala Plena* de la **CNSC**, unifica lo referente al uso de listas de elegibles en el contexto de la *Ley 1960 de 2019*, y abre la posibilidad de aplicación, para casos como el de la actora, en los siguientes términos:

"De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria ***y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes****: criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un numero de OPEC."*

Por lo que, en consecuencia, y sin ahondar en mayores consideraciones, por resultar procedente el amparo solicitado, se ordenará al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-** que, conforme con el procedimiento administrativo establecido por la **CNSC** para tal fin, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la correspondiente notificación, reporte y/o actualice las nuevas vacantes creadas a partir de la expedición del *Decreto 1479 de 2017*, y que de acuerdo a la **OPEC No.** 34735, esto es, *"DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17"*, guarden iguales características, entiéndase con ello, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones y ubicación geográfica; así mismo, para que dentro del referido reporte, solicite a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-**, el uso de la lista de elegibles actualizada conformada para la referida **OPEC**; hecho esto, y una vez recibido el referido reporte, como orden intrínseca de la primera, la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-**, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la recepción del reporte del **ICBF**, previa recomposición de listas de que trata el *artículo 63* del **ACUERDO No.** 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, deberá proceder a dar autorización y a remitir la lista de elegibles actualizada a dicha entidad, a efectos de que esta última haga uso de la misma, para proveer de manera definitiva las vacantes existentes, entendiendo con ello que, disponga la valoración del cumplimiento de los requisitos por parte de la señora **MARTHA LUCIA PERICO RICO** para ocupar el cargo de *"DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17"*, en el sentido de que, de estar en posición de mérito por recomposición de listas, efectué su nombramiento y posesión inmediata en el referido cargo, con la finalidad de que la actora pueda iniciar con su periodo de prueba.

De otra parte, y agotado el estudio de las pretensiones que motivan la presente acción constitucional, sería del caso dar paso a disponer las ordenes necesarias para garantizarla el amparo reconocido, si no fuera porque de los hechos de la

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Consejo de Estado
Jurisdicción Contenciosa Administrativa de Santander

Escaneado con Cam

tutela, observa el Despacho que en estos se hace una manifestación que conlleva intrínseca una afectación al núcleo esencial al derecho fundamental de petición, lo que da paso a que sea necesario en esta oportunidad disponer su estudio.

Así entonces, se tiene que, la señora **MARTHA LUCIA PERICO RICO** elevó peticiones ante el **ICBF** y la **CNSC**, las cuales acorde con las guías de envió que se aportan al informativo, fueron debidamente entregadas el 20 de febrero de 2020, a cada destinatario, por lo que en ese orden, acorde con lo previsto en el *artículo 14 de la Ley 1437 de 2011*, el término para dar respuesta de fondo, completa y congruente[8], es dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción, que para efectos del caso bajo estudio, fenecerían el 12 de marzo de 2020, no obstante, a la fecha, acorde con la documentación obrante dentro del expediente, no se acredita respuesta en los términos antes enunciados, esto, pues primero, la **CNSC** directamente no ha emitido respuesta alguna, y en su escrito de contestación no efectuó pronunciamiento acerca de tal situación, y segundo, el **ICBF**, aun cuando con fecha 25 de febrero del mismo año, dio respuesta, esta no abordó la totalidad de lo solicitado, es decir, se dio de manera incompleta, en tanto se limitó a reseñar el marco normativo regulatorio del concurso de méritos, y el *Criterio Unificado* de la **CNSC**, dejando de absolver otros aspectos relevantes, como los nombramientos y posesiones surtidas en virtud de la lista de elegibles contenidas en la **Resolución No.** CNSC – 20182230124605 del 3 de septiembre de 2018, o del estado actual y/o situación jurídica de las vacantes actuales *Código 2125, Grado 17*, información que fue objeto de la petición.

Por lo que bajo estas consideraciones, ante la inexistencia de respuestas en los términos antes señalados, se dispondrá el amparo del derecho fundamental de petición, y en consecuencia, se ordenará a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-**, y al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-**, que dentro de las cuarenta y ocho (48) siguientes al recibo de la correspondiente comunicación, si aún no lo hubiere hecho, se sirva dar respuesta de **FONDO, COMPLETA** y **CONGRUENTE**, a las peticiones elevadas por la señora **MARTHA LUCIA PERICO RICO**, con fecha 20 de febrero de 2020, las cuales deberán serle notificadas en debida forma, como garantía del derecho mismo.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: AMPÁRANSE los derechos fundamentales de petición, debido proceso, trabajo y acceso a cargos públicos de la señora **MARTHA LUCIA PERICO RICO**, por las razones expuestas y en los términos de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDÉNASE al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-**, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la correspondiente notificación, reporte y/o actualice las nuevas vacantes creadas

[8] *"El derecho de petición, según la jurisprudencia constitucional, tiene una finalidad doble: por un lado permite que los interesados eleven peticiones respetuosas a las autoridades y, por otro,* ***garantiza una respuesta oportuna, eficaz, de fondo y congruente con lo solicitado****"* / Corte Constitucional, Sentencia del 22 de febrero de 2011, M.P. ALEJANDRO LINARES CANTILLO, Ref. T – 206 de 2018, Bogotá D.C.

Escaneado con Car

a partir de la expedición del *Decreto 1479 de 2017*, y que de acuerdo a la **OPEC No.** 34735, esto es, *"DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17"*, guarden iguales características, entiéndase con ello, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones y ubicación geográfica; así mismo, para que dentro del referido reporte, solicite a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-**, el uso de la lista de elegibles actualizada conformada para la referida **OPEC**, tal y como se indicó en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: ORDÉNASE a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-**, para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la recepción del reporte del **ICBF**, previa recomposición de listas de que trata el *artículo 63* del **ACUERDO No.** 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, proceda a dar autorización y a remitir la lista de elegibles actualizada a dicha entidad.

CUARTO: ORDÉNASE al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-**, para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la recepción de la lista de elegibles actualizada por la **CNSC**, haga uso de la misma, para proveer de manera definitiva las vacantes existentes, entendiendo con ello que, disponga la valoración del cumplimiento de los requisitos por parte de la señora **MARTHA LUCIA PERICO RICO** para ocupar el cargo de *"DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17"*, en el sentido de que, de estar en posición de mérito por recomposición de listas, efectué su nombramiento y posesión inmediata en el referido cargo, con la finalidad de que la actora pueda iniciar con su periodo de prueba.

QUINTO: ORDÉNASE a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-**, y al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-**, que dentro de las cuarenta y ocho (48) siguientes al recibo de la correspondiente comunicación, si aún no lo hubiere hecho, se sirva dar respuesta de **FONDO, COMPLETA y CONGRUENTE**, a las peticiones elevadas por la señora **MARTHA LUCIA PERICO RICO**, con fecha 20 de febrero de 2020, las cuales deberán serle notificadas en debida forma, como garantía del derecho mismo, tal y como se dispuso en la parte motiva de este proveído.

SEXTO: Si no es impugnada esta providencia, por Secretaría **REMÍTASE** a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

SÉPTIMO: Notifíquese este fallo por el medio más expedito.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

PAULA ANDREA HERRERA ARENAS
Juez

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Consejo de Estado
Jurisdicción Contenciosa Administrativa de Santander

Escaneado con Cam

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
Magistrada Ponente: CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Bucaramanga, diez (10) de junio de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA DE TUTELA

RADICADO	**680013333001-2020-00079-01**
MEDIO DE CONTROL	**TUTELA**
ACCIONANTE	**MARTHA LUCIA PERICO RICO,** marthaluciaperi.222@yahoo.com,
ACCIONADA	**COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC** notificacionesjudiciales@cnsc.gov.co. **, INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF,** notificaciones.judiciales@icbf.gov.co,
TEMA	**Concurso de méritos / Derecho al acceso a cargos públicos**

Procede la Sala a decidir la impugnación interpuesta por las entidades accionadas en contra de la sentencia de fecha treinta (30) de abril de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Señala la tutelante que mediante Acuerdo No. 2016000001376 del 5 de septiembre de 2016, la CNSC convocó a concurso de méritos para proveer los empleos vacantes de la planta de personal del ICBF, en la cual se inscribió para optar por una en el cargo de “Defensor de familia, Código 2125, Grado 17”.

Posterior a la publicación del acuerdo de convocatoria, se expidió el Decreto 1479 de 2017, por medio del cual se suprimen cargos temporales de la planta de personal del ICBF y creó otros de carácter permanente dentro de los que se encontraban cargos de código 2125, grado 17 para lo cual y, en aras de su distribución, el director general de la entidad, expidió la Resolución No. 7746 del 5 de septiembre de 2017 que, resolvió, entre otros aspectos, que para los 328 cargos creados de "Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17", 9 de ellos serían para la seccional Santander.

Sin embargo, tales vacantes no fueron tenidas en cuenta dentro de las vacantes ofertadas en el acuerdo de convocatoria, argumentando la entidad que, para la fecha de éste último regía la Ley 909 de 2004.

Mediante Resolución No. CNSC – 20182230124605 del 3 de septiembre de 2018 se conformó la lista de elegibles para el cargo al que había optado, encontrándose en la posición 28, lista con una vigencia de 2 años a partir de su firmeza.

Refiere que al haber sido nombrados y posesionados los 19 elegibles que habían ocupado los primeros lugares dentro de la lista para el cargo de "Defensor de Familia, Código 2125 Grado 17", por recomposición de la lista pasó a ocupar el 9 lugar de la lista.

Resalta que, la CNSC expidió Criterio unificado con relación a la conformación de listas de elegibles en el marco de la Ley 1960 de 2019 en el sentido de concluir que "*el nuevo régimen conforme el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijados por la Ley ampliamente mencionada".*

Por lo anterior, elevó petición ante la CNSC y el ICBF el 20 de febrero de 2020 en los que manifiesta presentar idénticos fundamentos fácticos y jurídicos para que se provean bajo el principio del mérito las vacantes definitivas disponibles para el cargo de "*Defensor de familia, Código 2125 Grado 17"*, frente a lo cual no ha recibido respuesta por parte de la CNSC y el pronunciamiento otorgado por el ICBF se limitó a reiterar los lineamientos acordados por los Criterios unificados de la Sala Plena de comisionados respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019, pero sin hacer mención acerca del Art. 6 de la misma y de la posibilidad de posesionarse en uno de los nuevos cargos de creación posterior a la convocatoria y que actualmente se

encuentran vacantes, manifestando igualmente que en el Departamento de Santander había un total de 11 vacantes que a la fecha se encuentran ocupadas por funcionarios en calidad de provisionalidad, encargo e incluso pendientes por ser provistas.

2. Pretensiones.

1. Tutelar los derechos fundamentales de petición, trabajo, igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos, estipulados en la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 y, en consecuencia, se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, acate las disposiciones normativas contenidas en la Ley 1960 de 2019 y en el Criterio Unificado expedido por la Sala Plena de la CNSC, de fecha 16 de enero de 2020.

2. Ordenar a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, con base en el derecho fundamental a igualdad, citando el fallo de tutela de segunda instancia expedido por el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA, radicado 76 001 33 33 021 2019-00234-01, interpuesto por la elegible JESSICA LORENA REYES CONTRERAS, que ambas entidades de manera conjunta realicen los actos tendientes para que provean las 328 vacantes Código 2125 Grado 17 creadas por el Decreto 1479 de 2017 y distribuidas por la Resolución No 7746 de 2017, con la lista de elegibles Resolución CNSC No 20182230124605 del 03-09-2018, *"Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer diecinueve (19) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 34772, denominado DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016 – ICBF",*

II. TRAMITE PROCESAL

A la presente acción se le dio el trámite preferencial contemplado en el Decreto 2591 de 1991, corriendo traslado de la solicitud de amparo y de sus anexos a las entidades accionadas quienes concurrieron al trámite en los siguientes términos:

- **Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC**

Señala la improcedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos de carácter individual ante la existencia de otros mecanismos idóneos para su

contradicción como lo es el medio de control de Nulidad y Nulidad y Restablecimiento del Derecho regulados en la Ley 1437 de 2011 los que se encuentran a disposición de la actora.

Frente a la planta de personal del ICBF y su composición, refirió no tener competencia o injerencia alguna, por lo que desconoce la creación y/o supresión de empleos que hubieren podido surtirse dentro de la entidad y frente a la expedición de la Ley 1960 de 2019, señaló que si bien en su Art. 6 modificó el numeral 4 de la Ley 909 de 2004, lo cierto es que dicha norma no resulta aplicable a la convocatoria No. 433 de 2016 y, que se ha dado cumplimiento a las órdenes de tutela continúa en desacuerdo con tal postura, ya que para la fecha de publicación de la referida norma el concurso ya había concluido.

Por tanto, respecto de la lista contenida en la Resolución No. CNSC – 20182230124605 del 3 de septiembre de 2018, solo los aspirantes que ocuparon los primeros 19 lugares son quienes adquirieron su derecho de carrera.

Finalmente señala que no existe solicitud de uso de lista de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes ofertadas con la OPEC No. 34772.

- **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**

No concurrió al trámite.

III. SENTENCIA IMPUGNADA

El Juzgado de primera instancia amparó los derechos fundamentales de petición, debido proceso, trabajo y acceso a cargos públicos de la Sra. Martha Lucia Perico Rico y ordenó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF que dentro de las 48 horas siguientes al recibo de la notificación reporte y/o actualice las nuevas vacantes creadas a partir de la expedición del Decreto 1479 de 2017 y que de acuerdo a la OPEC 24735 esto es “Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17” guarden iguales características, entiéndase con ello, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones y ubicación geográfica, así mismo, para que dentro del referido reporte, solicite a la CNSC el uso de la lista de elegibles actualizada conformada para la OPEC referida.

Igualmente ordenó a la CNSC para que dentro de las 48 horas siguientes previa recomposición de listas de que trata el Art. 63 del Acuerdo No. 20161000001376 del

5 de septiembre de 2016 proceda a dar autorización y remitir la lista de elegibles actualizada a dicha entidad.

Por otra parte, ordenó al ICBF para que dentro de las 48 horas siguientes a la recepción de la lista de elegibles actualizada por la CNSC haga uso de la misma para proveer de manera definitiva las vacantes existentes, entendiendo con ello que disponga la valoración del cumplimiento de los requisitos por parte de la actora en el sentido de estar en posición de mérito por recomposición de listas, efectúe su nombramiento y posesión inmediata en el referido cargo, con la finalidad de que pueda iniciar su periodo de prueba.

Así mismo, dispuso que la CNSC de respuesta de fondo, completa y congruente a la petición elevada el 20 de febrero.

Para lo anterior consideró que a partir de la expedición de la Ley 1960 de 2019 la que en su Art. 6 modifica el numeral 4 de su Art. 31, a partir de su expedición y publicación – 27 de junio de 2019 – se abre paso a que en los concurso de mérito, una vez surtidas todas las etapas del proceso de selección y conformada la lista de elegibles, se cubran tanto las vacantes de cargos que inicialmente fueron ofertadas en la convocatoria, como aquellas que si bien son equivalentes a las ofertadas, no fueron convocadas, pues surgiendo con posterioridad al concurso de méritos.

Frente al caso concreto refirió que la actora se inscribió en la Convocatoria Pública de empleo No. 433 de 2016 que proveía cargos definitivos para la planta de personal del ICBF optando por el cargo de "*Defensor de Familia Código 2125 Grado 17*" que para Santander ofertaba un total de 19 vacantes de ahí que una vez surtidas todas las etapas y conformada la lista de elegibles, ocupó el lugar 28, lo cual en principio no le otorgada la posibilidad de posesionarse en el cargo para el cual concursó, no obstante, en el curso de la convocatoria, el Gobierno Nacional creó 9 cargos de la misma categoría para la Seccional Santander arrojando un total de 28 vacantes – 19 inicialmente ofertadas más 9 de creación posterior-.

Resaltó que si bien al momento de la expedición del Decreto 1479 de 2017 y la emisión de la Resolución No. 7746 del 5 de septiembre de 2017 por parte del ICBF, se encontraba vigente el numeral 4 original del Art. 31 de la Ley 909 de 2004, esto es, que las vacantes se distribuían en estricto orden de mérito, pero solo frente a las cuales se efectuó el concurso, sin embargo, dicha preceptiva fue modificada por el Art. 6 de la Ley 1960 de 2019, y aún acorde con lo referido por la CNSC al empezar a surtir efectos dicha Ley, ya habían finalizado todas las etapas del concurso, lo que

daría lugar a la imposibilidad de aplicar la norma de forma retroactiva, tampoco puede ser desconocido el hecho de que para el momento de su expedición, se encontraba vigente la lista de elegibles conformada a través de la Resolución No. CNSC - 20182230124605 del 3 de septiembre de 2018 e incluso a la fecha continua vigente, por lo que se está frente a una situación jurídica que sigue sin ser consolidada, y que solo adquiriría tal carácter cuando la actora se posesione en el cargo para el que se postuló o con el vencimiento de la lista, lo que abre la posibilidad a que los efectos normativos contenidos en el referido Art. 6 le resulten aplicables al caso de la actora.

Adicional a lo anterior, debe tenerse en cuenta el Criterio Unificado de fecha 16 de enero de 2020, a través del cual la Sala Plena de la CNSC unifica lo referente al uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019 y abre la posibilidad de aplicación para casos como el de la actora.

IV. **IMPUGNACIÓN.**

Inconformes con la decisión, las entidades accionadas impugnan el fallo de tutela de primera instancia en los siguientes términos.

- **Comisión Nacional del Servicio Civil**

Resaltó que los elegibles que no alcanzaron el puntaje requerido para ocupar una posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo No. 34772 se encuentran por el momento en espera a que se genere una vacante del mismo empleo durante la vigencia de la precitada lista, esto es, hasta el 13 de septiembre de 2020, así mismo, señala que no existe solicitud de uso de listas de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado, por lo que en caso de existir, el ICBF deberá registrarlas en SIMO y expedir el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal y solicitar a la CNSC el uso de listas con cobro, para que esta proceda a autorizar dicho uso y se provean definitivamente las vacantes existentes.

Adicional a lo anterior, refirió que no se acreditó el requisito de subsidiariedad, ni se probó el perjuicio irremediable al que pudiera verse enfrentada.

- **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**

Resalta la improcedencia de la tutela por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, así como de subsidiariedad y perjuicio irremediable puesto que ya se publicó la lista de elegibles y esta adquirió firmeza en septiembre de 2018, la cual se conformó para proveer 19 vacantes y en dicha lista la accionante ocupó la posición número 28, por lo que existen al menos 8 personas con mejor derecho que la accionante para obtener lo pretendido en el presente trámite constitucional, así mismo, la actora no cuestiona dicha lista sino actuaciones que surgieron con posterioridad, específicamente el hecho de que no se haya efectuado inmediatamente su nombramiento en aplicación del Art. 6 de la Ley 1960 de 2019.

Sin embargo, el ICBF ya indicó a la accionante que procederá a hacer su nombramiento una vez se surtan una serie de procedimientos que se están adelantando por parte del Instituto y una vez la CNSC apruebe el uso de la lista, así mismo, refiere que la accionante exige el cumplimiento del Art. 6 de la Ley 1960 de 2019 – que modificó el numeral 4 de la Ley 909 de 2004 – desconociendo que la misma norma – Art. 2 – creó el derecho a los empleados de carrera administrativa a concurso de ascenso y movilidad horizontal para lo cual la Ley, otorgó término a la Comisión Nacional del Servicio Civil para regular el derecho.

Destaca que el ICBF hizo los nombramientos a que había lugar de conformidad con el Art. 31 de la Ley 909 de 2004 – vigente para el momento en que se dio apertura a la convocatoria – y solo hasta el 16 de enero de 2020, la CNSC como órgano rector de la carrera administrativa, emitió el criterio unificado "*uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019*" en virtud del cual se hará uso de las listas conforme a la mencionada Ley, lo cual implica una serie de procedimientos complejos y un trámite presupuestal que ese está adelantando en este momento.

Considera que el trámite de la acción constitucional adolece de nulidad por falta de vinculación de una tercera que puede verse afectada con el fallo, estas son, las personas que hacen parte de la lista de elegibles de la actora y que pueden tener un mejor derecho que ella para el nombramiento.

Adicional a lo anterior, la solicitud de amparo deviene improcedente al no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, subsidiariedad y perjuicio irremediable, adicional a que si al momento en que se culminen los trámites administrativos la actora no es nombrada, el acto definitivo que se emita podrá ser controvertido ante la jurisdicción de los contencioso administrativo, a través del medio

de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho, la cual se presume idónea y eficaz para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados, sin que se advierta la existencia de un perjuicio irremediable.

Afirma que para poder hacer efectivo cualquier nombramiento con base en la lista de elegibles, es necesario que la CNSC comunique al ICBF la autorización de su uso, respecto a los aspirantes que ocupan lugares en aquellas listas, adicional a que para llevar a cabo el uso autorizado de la lista, el ICBF debe pagar una suma de dinero a la CNSC conforme el Art. 30 de la Ley 909 de 2004.

V. **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

1. Competencia

Conforme 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.

2. Cuestión Previa

Previo a decidir el fondo del asunto, se advierte solicitud de declarar la nulidad del trámite de primera instancia elevada por el ICBF, quien considera debió vincularse a quienes hacen parte de la lista de elegibles en la que se encuentra la actora, porque según su criterio, tales personas tienen mejor derecho.

Al respecto, observa la Sala que la sentencia impugnada no ordena el nombramiento de la tutelante de manera inmediata vulnerando con ello el orden de la lista - como lo entiende el ICBF – al contrario, dispuso precisamente la actualización de las vacantes por parte del ICBF para solicitar el uso de la lista de elegibles debidamente actualizada a la CNSC, para, con posterioridad a ello hacer uso de la misma, en aras de proveer de manera definitiva las vacantes existentes conforme a la posición de mérito, entendiendo con ello que no se presenta la causal de nulidad alegada de no vincular a los terceros con interés en las resultas del proceso, dada la indeterminación de la lista debidamente actualizada.

Adicional a lo anterior, ordena respecto de la tutelante la valoración del cumplimiento de los requisitos y **en el sentido de estar en posición de mérito** por recomposición de listas, efectúe su nombramiento y posesión inmediata en el referido cargo, con la

finalidad de que pueda iniciar su periodo de prueba, ya que conforme a la orden impartida, el ICBF deberá verificar el cumplimiento de los requisitos de la tutelante y la posición de mérito en que se encuentra dentro de la lista de elegibles previo a proceder con su nombramiento, lo que se traduce en que procederá a realizar los mismos – en el evento a que haya lugar – en estricto orden descendente conforme a la pluricitada lista, por lo que no se evidencia la presunta vulneración de derechos fundamentales de quienes se encuentran en puestos superiores a la actora

De igual manera se evidencia que, se dispuso la previa verificación del cumplimiento de requisitos por la actora para determinar si se encuentra en posición de mérito para ser nombrada, sin que se advierta que se haya dispuesto su nombramiento de manera inmediata o sin el lleno de los requisitos legales conforme a su posición en la lista de elegibles.

2. Problemas Jurídicos

El problema jurídico principal que debe resolver la Sala, corresponde a *¿determinar si la sentencia de primera instancia se debe revocar, modificar y/o confirmar?*

Para lo anterior, se deben dilucidar los siguientes problemas jurídicos subsidiarios:

¿Resulta procedente la acción de tutela en el caso concreto?

- En caso afirmativo, *¿establecer si, las accionadas, vulneran los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a cargos públicos de la Sra. Martha Lucia Perico Rico al negarse a nombrar en periodo de prueba en el Cargo de Defensor de familia, Código 2125, Grado 17" en virtud del criterio unificado de la CNSC de uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019?*

1. Tesis.

Sí, en tratándose de concursos de méritos es procedente la acción de tutela dada la ineficacia del medio de control ordinario de defensa ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo lo que puede ocasionar un perjuicio irremediable a la aspirante, toda vez que no existe en el momento acto administrativo que pueda ser objeto de debate ante esta, en tal virtud, se vulneran los derechos fundamentales de la actora dado que se probó que ante la creación de nuevos cargos para aquel que se postuló y aprobó el concurso de méritos deberá hacerse uso de la lista de elegibles vigentes pese a no haber sido ofertados en el concurso.

2. Marco jurídico y jurisprudencial.

2.1 Procedencia de la acción de tutela frente a concurso de méritos[1].

La jurisprudencia constitucional ha entendido que, por regla general, la acción de tutela procede de manera excepcional para controvertir las decisiones administrativas adoptadas al interior de un concurso de méritos pues, en principio, quienes se vean afectados por una determinación de esta naturaleza pueden valerse de los medios de control disponibles en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ante la que es posible solicitar, incluso antes de la admisión de la demanda, la adopción de medidas cautelares con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia[2].

Con la introducción al ordenamiento jurídico de la Ley 1437 de 2011[3], el legislador realizó un esfuerzo importante para que las medidas cautelares se concibieran como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia pretendiendo de esta manera irradiar el escenario administrativo de una perspectiva constitucional. Ello es razonable en la medida en que el carácter proteccionista de la Carta Política debe influir en todo el orden jurídico vigente como reflejo de su supremacía, lo que supone que las demás jurisdicciones aborden los asuntos puestos a su consideración desde una visión más garantista y menos formal del derecho. Al respecto, consultar la sentencia T-376 de 2016.

En este orden, la jurisprudencia constitucional ha estimado que la vía judicial de lo contencioso administrativo no es siempre idónea y eficaz para reponer la vulneración alegada pues, en ese caso, las medidas cautelares contempladas pueden no conceder una protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales de las personas que, habiendo adelantado los trámites necesarios para su vinculación con la administración a través de un sistema de selección de méritos, ven truncada su posibilidad de acceder al cargo por aspectos relacionados y que afectan bienes constitucionales.

En esa medida, los ciudadanos se ven expuestos, por ejemplo, al riesgo de que el registro o la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda

[1] Sentencia T-610/17 Magistrada Ponente: DIANA FAJARDO RIVERA, tres (3) de octubre de dos mil diecisiete (2017).
[2] Ley 1437 de 2011, Capítulo XI, artículos 229 al 241.
[3] "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

vigencia y, por consiguiente, cualquier orden futura relacionada con una eventual compensación económica, la reelaboración de la lista y el nombramiento tardío de quien tiene el derecho a posesionarse en el empleo público, en realidad no sea suficiente ni oportuna para resarcir el quebrantamiento ocasionado por la presunta ilegalidad en la actuación de la administración ni para satisfacer, en consecuencia, la pretensión de amparo consistente en el nombramiento en el cargo ofertado[4].

Además, la interrupción de un proceso individual en el marco de un concurso, mediada por una presunta afectación a una garantía fundamental, puede implicar la consolidación de posiciones de derecho de terceras personas, por lo tanto, bajo determinadas circunstancias y en aras de evitar la existencia de daños mayores, se precisa una intervención judicial expedita, como la ofrecida solamente por la acción de tutela.

Para las distintas Salas, si bien la jurisprudencia constitucional ha señalado que existe otro mecanismo de defensa judicial para satisfacer las pretensiones de quien considera no fue nombrado en un cargo, a pesar de haber obtenido el primer puesto en un concurso, también ha precisado que este medio ordinario no es eficaz para proteger los derechos fundamentales involucrados. De ahí que la acción de tutela se constituya en la herramienta idónea, con la que cuentan los concursantes para buscar la salvaguarda de sus garantías *iusfundamentales*.

Estas consideraciones recobran mayor importancia en esta época en la que, los términos y presentación de estos medios de control en nuestro país se encuentra suspendidos, como consecuencia de la prórroga de la emergencia sanitaria dispuesta por el Ministerio de Salud a través de la Resolución No. 0000844 de 2020, hasta el 31 de agosto del mismo año, con ocasión de la Pandemia del Coronavirus, razón por la cual, los ciudadanos no cuentan con dicho medio de defensa judicial para la defensa de sus derechos de manera idónea y eficaz.

3. Caso concreto.

[4] Por ejemplo, en la sentencia T-441 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos se dijo lo siguiente: "Resulta pertinente resaltar que tanto en la acción de nulidad como en la de nulidad y restablecimiento del derecho, el juez puede, como se indicó en párrafos precedentes, decretar medidas cautelares en aras de garantizar provisionalmente el objeto del proceso. No obstante, ello no hace que en el caso bajo estudio las acciones ante el juez contencioso administrativo sean eficaces para lograr la protección integral de los derechos del accionante". Lo anterior, a propósito de una acción de tutela en la que se atacaba un acto administrativo que había declarado "no apto" a un ciudadano para ejercer el cargo de dragoneante del INPEC por presentar ciertas condiciones de salud.

Pretende la accionante se revoque la decisión de primera instancia argumentando que no se evidencia el perjuicio irremediable que pudiera llegar a sufrir la actora, y porque la entidad se encuentra realizando los trámites de tipo administrativo para obtener la autorización de uso de listas de elegibles por parte de la CNSC.

3.1 Hechos relevantes probados:

Para resolver los problemas jurídicos planteados en esta providencia, la Sala tendrá en cuenta los siguientes hechos relevantes que resultaron probados en el expediente:

- La Sra. Martha Lucia Perico Rico se inscribió en la Convocatoria Pública de empleo No. 433 de 2016, para optar por el cargo de "*Defensor de familia, Código 2125, Grado 17"*.

- Mediante Decreto 1479 de 2017 el Departamento Administrativo para la prosperidad Social - DPS suprime la planta de personal de carácter temporal y modifica la planta de personal del ICBF creando 328 cargos de Defensor de Familia Código 2125 Grado 17.

- Tales cargos fueron distribuidos mediante la Resolución No. 7746 del 5 de septiembre de 2017 expedida por el ICBF correspondiendo a Santander 9 vacantes.

- A través de la Resolución No. CNSC – 20182230124605 del 3 de septiembre de 2018, se conformó la lista de elegibles para proveer 29 vacantes del empleo identificados con el Código OPEC No. 34772, denominados *Defensor de Familia - Código Grado 17* del ICBF – Convocatoria No. 433 de 2016 ocupando en la misma la Sra. Martha Lucia Perico Rico el puesto No 28.

- Mediante Resolución No CNS 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018. la CNSC revocó el Numeral 4 de las resoluciones que conformaban los 1187 listas de elegibles que contemplaban la posibilidad de conformar una lista general para la provisión de vacantes no convocadas a concurso.

- Mediante Criterio Unificado " *Uso de Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019",* del 16 de enero de 2020 expedido por la CNSC

se dejó sin efecto el criterio unificado de fecha 1 de agosto de 2019 concluyendo: "*… las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC – de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "**mismos empleos"** entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC".* (Negrilla textual).

- Mediante escrito del 25 de febrero de 2020, el ICBF da respuesta a la petición elevada por la accionante señalándole que en consideración al criterio unificado expedido por la CNSC el 16 de enero de 2020 debe adelantar unas acciones de carácter administrativo y financiero.

3.2 Valoración crítica.

Valorando los hechos que resultaron probados de cara a las reglas del concurso de méritos, la Sala llega a las siguientes conclusiones:

La acción de tutela en el caso concreto resulta procedente, dada la proximidad de la pérdida de vigencia de la lista de la que hace parte la actora – septiembre de 2020 – adicional a que en este momento no ha sido expedido acto administrativo que niegue sus peticiones y que pueda ser objeto de control por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo que no existe un medio de defensa judicial idóneo y eficaz por medio del cual se pueda controvertir decisión de la administración que le permita acceder en igualdad de condiciones a un cargo de carrera administrativa.

Además, como lo recordó la Corte Constitucional en Sentencia SU-913 de 2009, *"si bien, pueden existir otros mecanismos judiciales, estos deben ser eficaces y conducentes para tener la entidad de excluir al mecanismo de tutela en la protección de derechos en materia de concurso de méritos. De lo contrario, acudir a un proceso ordinario o contencioso administrativo, se estaría obligando a soportar la vulneración de derechos que requieren atención inmediata. Esta concepción jurisprudencial tiene especial relevancia cuando se corre el riesgo de que en el*

trámite de una de las vías con que pueda contar el accionante, la lista de elegibles pierda vigencia y la hipotética protección que deba extenderse quede sin sustento, generando un perjuicio irremediable. En virtud de lo expuesto, se concluye, según la jurisprudencia constitucional, que la acción de tutela es el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir asuntos referentes a la provisión de cargos de carrera de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles por los concursos de mérito, por cuanto se pretenden garantizar no solo los derechos a la igualdad y al debido proceso, sino además la debida aplicación del artículo 125 de la Constitución Política."

Con base en lo precedente y de conformidad con los hechos relevantes que resultaron probados en el caso concreto, se tiene que la accionante se inscribió en la Convocatoria No. 433 de 2016 para optar al cargo de Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 ocupando el puesto No. 28 frente a 19 vacantes inicialmente ofertadas, posteriormente se crearon 9 cargos adicionales, pretendiendo ser nombrada en una de ellas, toda vez que frente al total de nuevas vacantes - 19 iniciales más 9 adicionales =28 – considera le asiste derecho al haber ocupado el puesto 28 en la convocatoria referida.

Al respecto, el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, establece que en el proceso de selección "*Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso* ***y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad*****".**

Adicional a lo anterior, la CNSC a través de criterio unificado de fecha 16 de enero de 2020 conceptuó al respecto, señalando que las listas de elegibles de procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC – de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "**mismos empleos"** entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo

grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.

Si bien es cierto, deben adelantarse una serie de trámites administrativos para lograr la autorización de la lista de elegibles al ICBF por parte de la CNSC, los mismos no pueden convertirse en obstáculo para desconocer los derechos fundamentales de la actora, quien aprobó el concurso de méritos para el cargo en que pretende ser nombrada y frente al que existe vacante para ser elegida, y en virtud de ello, el juez de primera instancia ordenó el cumplimiento de tales etapas sin desconocer el procedimiento reglado para hacer uso de las listas de elegibles.

Así mismo, no puede pasar por alto la Sala que el criterio unificado proferido por la CNSC fue expedido hace 6 meses, razón por la cual el ICBF debía iniciar con celeridad los trámites respectivos para dar cumplimiento al mismo, evitando con ello las trabas administrativas de las que han sido objeto los concursantes para acceder a los cargos vacantes y para los que se postularon y aprobaron el concurso respectivo.

En ese orden de ideas, comparte la Sala lo decidido por el Juez de primera instancia, toda vez que la Ley 1960 de 2019 expresamente señala que las listas de elegibles aplican para cargos que incluso se creen con posterioridad a la convocatoria, situación fáctica que encaja plenamente con la de la aquí accionante y que permite su aplicación, teniendo en cuenta que para el momento de la expedición de la citada ley, la lista de elegibles conformada por la Resolución No. CNSC – 20182230124605 del 3 de septiembre de 2018 se encontraba vigente y para el caso de la Regional Santander existen 9 vacantes, siendo exactamente iguales a aquel para el cual aspiró la señora PERICO RICO, superó el concurso de méritos y se encuentra en lista de elegibles vigente[5], razón por la cual se **confirmará** la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER, administrando justicia en nombre de la República y por ministerio de la Ley,

FALLA

[5] En igual sentido, se ha pronunciado esta Corporación mediante sentencia del 18 de mayo de 2020 proferida dentro de la acción de tutela radicada 680013333011-2020-00070-01 con ponencia del H. Magistrado: Rafael Gutiérrez Solano

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia de treinta (30) de abril de dos mil veinte (2020) proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: En el término legal remítase el expediente a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión.

CUARTO: Regístrese en el Sistema Judicial Justicia Siglo XXI por intermedio de la Auxiliar Judicial del Despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,
Aprobado en Sala según Acta virtual No. _____ de 2020.

Original firmado
CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
Magistrada Ponente

Original firmado
JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR
Magistrado

Original firmado
MILCIADES RODRÍGUEZ QUINTERO
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL
CIRCUITO JUDICIAL DE PASTO

Libertad y Orden

Pasto, doce (12) de mayo dos mil veinte (2.020)

Radicación:	52001333007 **2020-00041- 00**
Acción:	TUTELA
Actor:	ANDRÉS MAURICIO JARAMILLO VALLEJO
Demandado:	ICBF y CNSC
Decisión:	SENTENCIA
Tema:	**Debido proceso.**

En el término consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, procede este Despacho a proferir el fallo que en derecho corresponda en la presente acción de tutela.

I. ANTECEDENTES

1.1 Identificación de la parte accionante

Se trata del señor ANDRÉS MAURICIO JARAMILLO VALLEJO, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 98388651, quien actúa a nombre propio.

Mediante auto del 4 de mayo del año en curso, este Juzgado en acatamiento a lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Nariño, ordenó la vinculación a este trámite tutelar del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de los Integrantes de la lista de elegibles para el cargo de "Profesional Especializado, Código 2028, Grado 15 OPEC No. 39147" conformada mediante la Resolución No. CNSC - 20182020051495 del 22 de mayo de 2018, expedida por la accionada COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL dentro de la Convocatoria No. 433 de 2.016- ICBF.

1.2 Identificación de la parte accionada

Dirigió la tutela en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR[1] y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL[2].

1.3 Derechos fundamentales invocados

Los preceptos fundamentales constitucionales que se invocaron como lesionados son:

> "*…derechos fundamentales ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA POR MERITOCRACIA (art. 40 numeral 7 y art. 125 constitucional) IGUALDAD (art.13 constitucional), TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS (art. 25 constitucional), DEBIDO PROCESO (art. 29 constitucional) y CONFIANZA LEGÌTIMA,…"*

1.4 Súplicas deprecadas

La parte accionante solicitó la protección de sus derechos que enunció como fundamentales, pidiendo a este Despacho:

> *"PRIMERO: Ruego al Despacho amparar mis derechos fundamentales ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA POR MERITOCRACIA (art. 40 numeral 7 y art. 125 constitucional) IGUALDAD (art.13 constitucional), TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS (art. 25 constitucional), DEBIDO PROCESO (art. 29 constitucional) y CONFIANZA LEGÌTIMA, conforme lo establecido en los diferentes pronunciamientos judiciales que se citaron, incluso como lo dispone la Jurisprudencia Unificada de la Corte Constitucional en Sentencia SU-913 de 2009.*
>
> *SEGUNDO: Que en concordancia con lo anterior, se ordene al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, realice las actuaciones pendientes para mi nombramiento y posesión en periodo de prueba en el cargo de carrera del empleo identificado con el código o número 39147 denominado profesional especializado código 2028 grado 15 y/o algún cargo similar, conforme la lista de elegibles conformada. Mediante Resolución No CNSC-20182020051495 del 22 de mayo del 2018, la cual se encuentra en firme y generó los derechos fundamentales deprecados.*
>
> *TERCERO: Solicito la vinculación de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC en la presente acción tutelar.*
>
> *CUARTO: Sírvase COMPULSAR COPIAS a la Procuraduría General de la Nación a efectos de verificar y de que investigue si la conducta en la entidad accionada, de omitir el nombramiento de los elegibles, en cumplimiento de una orden emanada de un acto administrativo de carácter particular y concreto, constituye incumplimiento del deber o la norma que pueda derivar o no en sanción disciplinaria.*

---

[1] En adelante ICBF.
[2] En adelante CNSC

QUINTO: CONDENAR a la entidad tutelada al pago de la indemnización de perjuicios causados y costas a que haya lugar."

1.5 Fundamentos fácticos

El señor ANDRÉS MAURICIO JARAMILLO VALLEJO en su libelo de postulación refiere que mediante Acuerdo No. 201610000001 del 5 de septiembre de 2016 la CNSC convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF, inscribiéndose para optar por la vacante del empleo identificado con el número 39147 denominado profesional universitario código 2028 grado 15.

Indica que posteriormente, a través de resolución No. CNSC-20182020051495 del 22 de mayo de 2018, se conformó la lista de elegibles, quedando el actor en el tercer lugar de la misma. Dicha resolución quedó en firme el 6 de junio de 2018 y conforme al artículo 64 del Acuerdo 20161000001376 de 2016, tiene una vigencia de 2 años.

Señala que con resolución No. 7929 del 22 de junio de 2018, el ICBF nombró en periodo de prueba a quien había quedado en el primer lugar de la lista de elegibles. Luego, el 22 de noviembre de la misma anualidad, la CNSC expidió la resolución No. CNSC-20182230156785 que revoca el artículo 4 de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la convocatoria No. 443 de 2016. Situación impidió que el ICBF pudiese usar la lista de elegibles contenida en la resolución CNSC-20182020051495 del 22 de mayo de 2018, donde el accionante estaba en turno de opción ante el nombramiento de quien ocupó el primer lugar.

Alude que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1479 de 2017, mediante el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del ICBF, suprimiendo 12 cargos de carácter temporal, cuya denominación era de Profesional Universitario Código 2028 grado 15, y creó 94 con carácter permanente que debían proveerse siguiendo el procedimiento establecido en el decreto ley 909 de 2004.

Agrega que el 27 de junio de 2019 se expidió la ley 1960 que modificó la ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998 cuyo artículo 6 establece: "*El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos*

equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.".

Manifiesta que el 16 de enero de 2020, la CNSC en criterio unificado concluye que: "(…) las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para prever las vacantes de los empleos que integran la Oferta Pública de Empleos de carrera –OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos", entiéndase con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósito funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes." Criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con código número 39147.

Considera que ha consolidado un derecho a ser nombrado y posesionado en periodo de prueba en el empleo denominado Profesional Especializado código 2028, grado 15, toda vez que cumple los requisitos legales y jurisprudenciales para tal efecto.

1.6 Pruebas:

- Copia del decreto 1479 de 2017. (F. 11 - 15)
- Copia del criterio unificado expedido por la CNSC para el uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de la ley 1960 del 27 de junio de 2019. (F.16 – 19)
- Copia del derecho de petición elevado por el accionante ante el ICBF y la CNSC con el propósito de ser nombrado y posesionado en periodo de prueba para el cargo que concursó, y su respectiva respuesta. (F. 19 – 21 y 30 - 31)
- Copia de la resolución No. CNSC-20182020051495 del 22 de mayo de 2018. (F. 22 - 24)
- Copia de la resolución No. 7929 del 22 de junio de 2018. (F. 25 – 29)

1.7 Respuesta de las entidades accionadas:

1.7.1 Comisión Nacional del Servicio Civil[3]

El Asesor Jurídico de la Comisión Nacional del Servicio Civil responde la acción de tutela en los siguientes términos:

[3] Ver folios 37 a 51 del expediente.

Señala que mediante Resolución No. 20182020051495 del 22 de mayo de 2018, se conformó la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo identificado con el código OPEC No. 39147 denominado Profesional Especializado, código 2028, grado 15 ofertado a través de la convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF, en la cual el señor Andrés Mauricio Jaramillo Vallejo ocupó el puesto 3.

Aduce que el ICBF realizó el nombramiento en periodo de prueba y posesión de quien ocupó el primer puesto de aquella lista, por lo tanto, los demás elegibles se encuentran en espera a que se genere una vacante, durante la vigencia de la misma, esto es, hasta el 5 de junio de 2020.

Explica que hasta el momento no existe solicitud de uso de listas de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado con el número OPEC 39147. De tal manera que, en el eventual caso que el ICBF a la fecha disponga de vacantes con la misma denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, deberá registrarlas en SIMO y expedir el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestar y solicitar a la CNSC el uso de listas con cobro, para que esta proceda a autorizar dicho uso y se provean definitivamente las vacantes existentes.

Agrega que los participantes en un concurso de méritos que no ocupan las primeras posiciones en la lista de elegibles, no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, sólo son titulares de una expectativa frente a la utilización de listas de elegibles para la provisión de dicho empleo. De otra parte, informa que, de surgir vacancias definitivas en el empleo por renuncia, muerte del titular, entre otras, estas deban ser provistas con los integrantes de la lista específicamente conformada para el cargo.

Concluye solicitando la desvinculación de la entidad que representa, toda vez que no tiene competencia alguna frente a la administración de la planta de personal del ICBF, y además desconoce si dicha entidad dispone de vacantes con la misma descripción del empleo en el cual participó el accionante.

1.7.2 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar[4]

[4] Ver folios 52 a 63 del expediente.

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, presenta el requerimiento ordenado en los siguientes términos:

Manifiesta que la presente acción de tutela deviene en improcedente, por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, esto es, la subsidiariedad, puesto que no se evidencia la configuración de un perjuicio irremediable, debido a que se publicó la lista de elegibles y esta adquirió firmeza el 6 de junio de 2018, la cual se conformó para proveer una vacante y en dicha lista el accionante ocupó la posición 3.

Agrega que el ICBF nombró a quien ocupaba el primer puesto de la lista de elegibles que también integra el actor en aquel cargo que fue ofertado en la convocatoria No. 433 de 2016 y para el cual participó.

Detalla que el accionante no ha elevado ante el ICBF o la CNSC ninguna solicitud o reclamación relacionada con el uso de la lista de elegibles en aplicación de la ley 1960 de 2019 para proveer los cargos disponibles en la entidad accionada.

Aclara que para acceder a lo solicitado por el actor y dar aplicación a la Ley 1960 de 2019, el ICBF debe adelantar una serie de gestiones administrativas y financieras que requieren de la concurrencia de la CNSC y que revisten complejidad.

Señala que el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019, creó el derecho a los empleados de carrera administrativa a concurso de ascenso y movilidad horizontal, para lo cual, la Ley otorgó término a la Comisión Nacional del Servicio Civil, para regular el derecho.

Expone que de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 (vigente para el momento en que se dio apertura a la convocatoria), el Decreto 1894 de 2012 y la jurisprudencia constitucional (sentencia SU-446 de 2011), las listas de elegibles fueron utilizadas para proveer las vacantes ofertadas en la convocatoria No. 433; sólo hasta el 16 de enero de 2020, la CNSC emitió el criterio unificado sobre el "uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019", previo el cumplimiento de una serie de procedimientos complejos y un trámite presupuestal que se están adelantando en el momento.

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

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

Puntualiza que la CNSC cambió su postura y, mediante criterio unificado del 16 de enero de 2020, "uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019", para dar cumplimiento de lo allí previsto, el ICBF debe adelantar unas acciones de carácter administrativo y financiero.

Considera que la interpretación del accionante divide el contenido de la Ley 1960 de 2019 que debe interpretarse integralmente, de acuerdo con el principio de conglobamento o inescindibilidad, criterio de interpretación contenido en la normatividad laboral y frente al cual los Altos Tribunales resaltaron que es factible la aplicación de la norma favorable al trabajador. Así las cosas, la Ley 1960 de 2019 debe aplicarse en su integralidad, esto es (i) garantizando que los empleados de carrera administrativa accedan a concursos de acenso, respecto al 30% de las vacantes, proceso que deberá regular la CNSC, y (ii) con la provisión de las vacantes haciendo uso de las listas de elegibles vigentes, respecto del 70% de esas vacantes.

Finaliza su disertación solicitando la declaratoria de improcedencia de la acción, puesto que no se cumplen con el requisito de subsidariedad de la misma, y que en caso contrario se denieguen las pretensiones pues no hay vulneración a los derechos fundamentales invocados por el actor.

1.8 Terceros vinculados:

1.8.1 Manuel Orlando Mena Zapata

El señor Manuel Orlando Mena Zapata, mediante correo electrónico allegado a este Juzgado, solicita su vinculación a este trámite tutelar coadyuvando la petición de amparo constitucional presentada por el actor.

Afirma hallarse en las mismas condiciones fácticas y jurídicas planteadas por el accionante en su escrito tutelar. Sin embargo, no allega prueba sumaria que acredite que se encuentra incluido en la lista de elegibles

conformada en la resolución No. 2018, proferida por la CNSC, para proceder a aceptar su vinculación a esta acción, de conformidad con lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Nariño en providencia del 28 de abril del año en curso, al declarar la nulidad del fallo emitido por esta Judicatura.

1.8.2 Ministerio de Hacienda y Crédito Público:

La Delegada del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, contesta esta acción de tutela en los siguientes términos:

Señala que de conformidad con las atribuciones legales conferidas a la entidad que representa, aquella no está facultada para intervenir en los asuntos que son de competencia del ICBF y de la CNCS.

Aduce que según el artículo 122 de la Constitución Política, para la creación de empleos públicos remunerado, se requiere que estén incluidos en la planta de personal y que sus costos estén previstos en el presupuesto de la entidad.

Agrega que los hechos que originaron la presente acción, corresponden exclusivamente a actuaciones adelantadas por el ICBF y la CNSC en el desarrollo del concurso de méritos en el que participó el actor. Por ello, se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

II.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

La solicitud de amparo se ha dirigido en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidades del orden nacional, razón por la cual este Juzgado es el competente para conocer y fallar esta acción de tutela, de conformidad con lo dispuesto en artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015 (modificado por el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017), referente al reparto de la acción de tutela, y al artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 que trata sobre la competencia a prevención de la misma.

2.2 Legitimación

2.2.1 Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En el presente caso, el señor ANDRÉS MAURICIO JARAMILLO VALLEJO, actúa en defensa de sus derechos fundamentales, razón por la cual se encuentra legitimado para presentar la acción.

2.2.2 Legitimación pasiva

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil están legitimadas como parte pasiva en el presente asunto, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, debido a que se les atribuye la violación de los derechos fundamentales en discusión.

2.2.3 Inmediatez

La regla general establecida en el artículo 86 de la Constitución y en el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela puede ser propuesta "*en todo momento y lugar*". No obstante la Corte Constitucional ha establecido que la solicitud de amparo debe ser propuesta dentro de un plazo razonable posterior a la violación de los derechos fundamentales, como se dispuso en la Sentencia SU-961 de 1999 al señalar que "*La tutela debe interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser procedente en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros*"[5].

De conformidad con los hechos expuestos por el accionante y la prueba allegada al proceso, el 5 de febrero de 2020, el señor ANDRÉS MAURICIO JARAMILLO VALLEJO radicó ante el ICBF solicitud de aplicación de los artículos 6 y 7 de la ley 1960 de 2019, y en consecuencia, se proceda a su nombramiento en periodo de prueba y posesión en el cargo para el cual concursó. Petición que fue resuelta negativamente el pasado 7 de febrero de la misma data. Y la solicitud de amparo constitucional fue propuesta el 11 de marzo de 2020. Considerado lo anterior se concluye que la acción fue presentada dentro de un término razonable.

2.2.4 Subsidiariedad

[5] Sentencia SU-961 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

El inciso tercero del artículo 86 de la Constitución establece el carácter subsidiario de la acción de tutela al señalar, que "*Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*".

En desarrollo de la norma constitucional, el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 reiteró que el amparo no procedería "*Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*", agregando además, que la eficacia del medio de defensa debe ser apreciada en concreto, atendiendo a las circunstancias del caso. Dentro de esta comprensión se ha aceptado la procedencia definitiva del amparo en aquellas situaciones en las que existiendo recursos judiciales, los mismos no sean idóneos para evitar la vulneración del derecho fundamental. Sobre el punto la Corporación ha afirmado lo siguiente:

> *"La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional."*[6]

2.3 Problema jurídico a resolver

¿Las entidades accionadas COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo, acceso a cargos públicos, del accionante ANDRÉS MAURICIO JARAMILLO VALLEJO, al no nombrarlo en un cargo igual a aquel para el que concursó y se encuentra en lista de elegibles, bajo el argumento que fue creado con posterioridad a dicha convocatoria?

2.4 Tesis del Despacho

El Despacho considera que las demandadas vulneran los derechos fundamentales del actor y de todos los integrantes de la lista de elegibles al no aplicar el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, bajo el argumento de la existencia del "Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019" reglamento que excede la norma de mayor jerarquía desarrollada, al condicionar las listas de elegibles vigentes a la fecha de la convocatoria

[6] Sentencia SU-458 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

del concurso, limitante que no establece la Ley y que desconoce principios constitucionales como el del mérito para acceder a cargos públicos. En consecuencia, se concederá el amparo deprecado por el actor.

III. Argumentos que sustentan la tesis y solución al caso concreto

3.1 Procedencia excepcional de la acción de tutela contra determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela procede en los eventos en que haya vulneración o posible amenaza de derechos fundamentales. Adicionalmente, establece que solo se podrá hacer uso de éste cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o si existiendo, es utilizado como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Así entonces, la acción de tutela tiene un carácter residual y excepcional, y, por tanto, reconoce la validez de los recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos idóneos para la protección efectiva de derechos, "*sin embargo, la sola existencia de un medio alternativo de defensa judicial, no implica automáticamente la improcedencia de la acción de tutela*"[7].

Se impone entonces al interesado la obligación de adelantar todos los medios ordinarios para la protección de sus derechos, ello atendiendo al carácter subsidiario de la acción de tutela, pues su falta de actuar y la falta injustificada de agotamiento de los medios ordinarios de defensa, generan la improcedencia de la acción de tutela.

Ahora bien, la Corte Constitucional con respecto a la procedencia de la tutela contra las determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos, en la sentencia T-180 del 16 de abril de 2015, indicó que en las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para que pueda controvertirlas, existen ocasiones en que las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos vulnerados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de dicha vulneración en el tiempo.

---

[7] Sentencia T-367 de 2008.

En el mismo sentido se pronunció en la sentencia SU-913 de 2009, cuando señaló que:

> *"en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que, para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular.*
>
> *Entonces, en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales al acceso a la función pública y al trabajo.*
>
> *Así las cosas, este Tribunal ha entendido que la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales."*

Conforme a lo señalado, la Corte Constitucional ha considerado que la acción de tutela procede como mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección de personal público, cuando resulten afectadas con las decisiones que se emitan, pues, en algunos casos, las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para proteger los derechos fundamentales conculcados, debido a su complejidad y duración.

Bajo ese supuesto y atendiendo al hecho que en este caso se controvierten decisiones adoptadas al interior de un concurso de méritos, la presente acción resulta procedente, pues el actor goza de un derecho adquirido ya que hace parte de la lista de elegibles y se encuentra en un lugar donde puede ocupar una de las vacantes creadas, según el orden de elegibilidad, de otra parte, la vigencia del listado de elegibles esta próxima a su vencimiento, por lo que, teniendo en cuenta las actuaciones de las entidades accionadas, no permiten al actor esperar el trámite de una acción ordinaria que resuelva sobre su solicitud de nombramiento.

3.2 Derecho de acceso a cargos públicos

La Corte Constitucional se ha referido al derecho de acceso a los cargos públicos, prescrito en el numeral 7° del artículo 40 de la Constitución Política, así: "*El derecho a acceder a cargos públicos debe entenderse en el sentido de inmunizar a la persona contra las decisiones estatales que de manera arbitraria le impida acceder a un cargo público, a no ser desvinculado de manera arbitraria del mismo y, ocupando uno, que no se le impida arbitrariamente el ejercicio de sus funciones*"[8].

[8] Sentencia T-257 de 2012. Corte Constitucional

En este sentido, se debe buscar garantizar que a quien haya cumplido con lo requerido para participar en un concurso y haya logrado quedar dentro de la lista de elegibles, se le debe respetar lo adquirido, pues acorde con el artículo 58 de la Constitución, el estar en la lista de elegibles no es una mera expectativa sino un derecho adquirido que entra a formar parte del patrimonio de la persona beneficiada; situación que el Estado no puede desconocer actuando arbitrariamente.

3.3 Efectos inter comunis de las sentencias de tutela

Por lo general, las sentencias de tutela tienen efectos inter partes, es decir, que sólo afectan las situaciones particulares de los sujetos que intervienen en el proceso. Sin embargo, la H. Corte Constitucional ha señalado que, excepcionalmente, basado en la necesidad de brindar un trato igualitario y uniforme que asegure el goce efectivo de los derechos fundamentales cuando la decisión del fallo de tutela afecta a personas que si bien no promovieron el amparo constitucional se ven afectadas por una situación de hecho o de derecho de una autoridad o de un particular, los efectos deberán ser inter comunis[9].

En efecto, la Alta Corporación[10] señaló lo siguiente:

> *"Con el fin de garantizar el derecho a la igualdad entre las personas a las que se les conculcan sus derechos fundamentales y acuden a la acción de tutela y aquellas que a pesar de encontrarse en la misma situación no tienen la calidad de accionantes, es preciso que la decisión del juez de tutela sea uniforme y tenga los mismos efectos para unos y otros. Así entonces, para dictar fallos con efectos inter comunis deben observarse los siguientes requisitos: "(i) que la protección de los derechos fundamentales de los peticionarios atente o amenace con atentar contra los derechos fundamentales de los no tutelantes; (ii) que quienes no acudieron a la acción de tutela y los accionantes se encuentren en condiciones objetivas similares; y (iii) que con la adopción de este tipo de fallo se cumplan fines constitucionales relevantes tales como el goce efectivo de los derechos de la comunidad y el acceso a la tutela judicial efectiva."*[11]

Incluso, con el propósito de salvaguardar la supremacía del orden superior la misma Corporación señaló que, por medio de los efectos inter comunis se podría incluso: "*… dejar sin valor decisiones judiciales adoptadas frente a ciertos problemas jurídicos específicos, para en su lugar: (i) reconocer prerrogativas a determinadas personas que previamente habían acudido ante las autoridades jurisdiccionales y habían recibido una respuesta negativa, o (ii) revocar derechos reconocidos a individuos que los habían obtenido en fallos expedidos dentro de otros procesos de tutela u ordinarios.*" [12]

3.4 Reglas del concurso convocado por el ICBF

---

[9] Sentencia del 18 de noviembre de 2019. Tribunal Contenciosos Administrativo del Valle del Cauca. Radicación. 76001333302120190023401

[10] Sentencia T-946 del 2011. M.P. María Victoria Calle Correa

[11] Sentencia T-088 de 2011. M.P Luis Ernesto Vargas Silva

[12] Sentencia SU-037 de 2019. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

3.4.1 Ley 909 de 2004

Expide normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y gerencia administrativa.

En su artículo 11, literal a), dispone que, dentro de las funciones de la CNSC, está el establecer los lineamientos generales que deben desarrollarse en los procesos de selección, mediante los cuales se busque proveer empleos de carrera administrativa.

Así mismo, en el literal e) del mismo artículo, se estipula que la CNSC, debe conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles, y en el literal f), que la misma entidad debe remitir a las entidades que hacen parte de determinada convocatoria, ya sea de oficio o a solicitud de aquellas, las listas de las personas con las cuales deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente.

3.4.2 Ley 1960 de 2019

Modifican la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998. Modificó la provisión de empleos, al disponer:

> *"ARTÍCULO 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:*
>
> *"ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:*
> *1. (…)*
> *4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad."*

Estableciendo en su artículo 7º que esta ley rige a partir de su publicación -27 de junio de 2019-, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.

3.4.3 Acuerdo No. CNSC - 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016[13]

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:

---

[13] Página web https://grupogeard.com/co/normatividad/convocatoria-433-icbf/acuerdo-cnsc-20161000001376-5-septiembre-2016/

"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 a 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 publicara en la página web www.cnsc.gov.co y/o enlace: SIMO o su equivalente, Convocatoria N°. 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 este 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."

3.4.4 Resolución No. CNSC 20182020051495 del 22 de mayo de 2018[14],

Mediante la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo con código OPEC No. 39147, denominado Profesional Especializado, código 2028, grado 15 del sistema general de carrera administrativa del ICBF ofertado en el marco de la convocatoria No. 433 de 2016. En ella, el accionante Andrés Mauricio Jaramillo Vallejo, ocupó el puesto 3.

3.4.5 Decreto 1479 de 4 de septiembre de 2017[15]

Mediante el cual se crearon 94 cargos de Profesional Especializado, Código 2028 Grado 15[16], en cuyo artículo 6º estableció: "*Los empleos que se crean en el presente decreto deberán proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004 y en las normas que la modifiquen adicionen, sustituyan o reglamenten*".

3.5 Caso concreto

[14] Folios 22 a 24 del expediente
[15] Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras" y se dictan otras disposiciones.
[16] Artículo 2º Decreto 1479 de 2017

El señor Andrés Mauricio Jaramillo Vallejo acudió al ejercicio de la acción constitucional de tutela para obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos, que considera han sido vulnerados por las entidades accionadas al desconocer la lista de elegibles elaborada por y conformada por la CNSC, y no nombrarlo y posesionarlo en uno de los 94 cargos de carácter permanente creados mediante Decreto No. 1479 de 2017 posterior a la Convocatoria No. 433 de 2016 en el ICBF .

El ICBF en su contestación a esta acción constitucional, indicó que se publicó la lista de elegibles que adquirió firmeza el 6 de junio de 2018, y procedió al nombramiento en período de prueba de quien ocupó el primer puesto en la lista de elegibles.

En principio podría aducirse que no le asiste derecho al señor ANDRÉS MAURICIO JARAMILLO VALLEJO de ser nombrado y posesionado en el cargo de Profesional Especializado del ICBF, código 2028, grado 15, toda vez que el único empleo vacante y ofertado en la convocatoria, fue debidamente ocupado por la persona que tuvo mejor posición en la lista de elegibles, quedando el actor con una mera expectativa de ser nombrado en dicho cargo, máxime cuando solo existía una sola vacante.

Empero, el 27 de junio de 2019 se expidió la Ley 1960 que privilegia la carrera administrativa, teniendo como propósito principal "*dotar a las entidades y organismos del Estado de normas claras y homogéneas en cuanto a ascensos dentro de la carrera, la movilidad, el encargo y la capacitación, para bien de los empleados de carrera y de aquellos que tienen la responsabilidad de conducir y administrar este personal al interior de las organizaciones públicas*".[17]

La norma en comento, en su artículo 6 modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, agregando que además de cubrir las vacantes para las cuales se efectuó el concurso, con la lista de elegibles, se cubrirán también las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1479 del 4 de septiembre de 2017 que suprimió 12 cargos de carácter temporal cuya denominación era Profesional Especializado, código 2028, grado 15 (art. 1 literal B) y creo 94 cargos con la misma denominación, código y grado, de carácter permanente (art. 2). Así mismo, determinó que dichos cargos debían proveerse siguiendo el procedimiento establecido en el

[17] Primer debate en la Cámara de Representantes el proyecto de ley de iniciativa gubernamental, que busca modificar la Ley 909 de 2004. Gaceta del Congreso ISS No. 123 – 9066. Gaceta del Congreso 289 jueves, 2 de mayo de 2019 Página 11

decreto ley 909 de 2004, cuando ya estaba vigente la modificación introducida por la Ley 1960 de 2019.

En concordancia con lo anterior, la CNCS el 16 de enero de 2020[18], emitió el Criterio Unificado relacionado con el uso de las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, determinando que era procedente dar aplicación a la norma frente a las listas de elegibles que se habían aprobado antes de su expedición y que aún se encuentran vigentes.

> "*De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas la que sean expedidas en el marco de los procesos de selección* ***aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019,*** *deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC – de la respectiva convocatoria* ***y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos"*** *entiéndase, con igual denominación, códigos, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."*[19]

En el caso bajo examen, se observa que la Convocatoria No. 433 de 2016, inició con el Acuerdo No. 20161000001376 de 2016, y culminó con la expedición de la Resolución No. CNSC-20182020051495 del 22 de mayo de 2018, mediante la cual se conformó la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 39147, denominado Profesional Especializado Código 2028, Grado 15, la que según su artículo quinto tiene una vigencia de 2 años contados a partir de la fecha de su firmeza, por lo que vence en junio del año que avanza. En el transcurso de su vigencia, puntualmente, el 27 de junio de 2019 se profirió la Ley 1960 que empezó a regir desde la misma fecha, por lo que es aplicable a la lista de elegibles antes mencionada, puesto que a través del Decreto 1479 del 4 de septiembre de 2017, se crearon 94 cargos con igual denominación, código y grado, y de los cuales algunos fueron creados en la misma ubicación geográfica, por lo que se cumple con los requisitos establecido en la referida normatividad y en tal sentido debe usarse dicha lista para proveer los antedichos cargos creados.

Si bien el ICBF argumenta que se encuentra adelantando las acciones tendientes a dar cumplimiento al criterio unificado proferido por la CNSC el pasado 16 de enero de 2020, reportando los empleos de carrera administrativa que se encuentran vacantes de forma definitiva, señala también que la entidad sólo podrá acceder de manera favorable a este tipo de solicitudes previa autorización por parte de la Comisión y una vez adelante el correspondiente estudio. A su turno, la CNSC señala que frente a la posibilidad de usar las listas de elegibles para proveer los empleos cuya vacancia definitiva surgió con

---

[18] Ver folio 59 del expediente
[19] https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos

posterioridad a la aprobación del Acuerdo de la convocatoria de su interés, dicha provisión podrá hacerse sólo para empleos iguales y previa solicitud expresa por parte del ICBF, quien además deberá apropiar y cancelar el costo previsto para la utilización de las listas de elegibles, por lo que la entidad nominadora deberá elevar la respectiva solicitud mediante oficio dirigido a esa Comisión Nacional, previo reporte de dicha OPEC en SIMO, y a su vez, la CNSC procederá a verificar las listas vigentes de la Entidad, que cumplan con las características del empleo solicitado, con el fin de autorizar los nombramientos en periodos de prueba de los elegibles que por estricto orden de mérito les asiste derecho.

De acuerdo a lo anterior, no existe claridad si el ICBF ya empezó con el proceso para solicitar el uso de la lista de elegibles de que trata el presente asunto, y si la CNSC se encuentra también adelantando dicho trámite, pues de lo argumentado y las pruebas obrantes en el plenario, se puede establecer que aún no se ha dado cumplimiento a la normatividad antes indicada, por lo efectivamente se están vulnerando los derechos fundamentales de acceso a cargos públicos, trabajo e igualdad invocados por el accionante y los demás integrantes de la mencionada lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182020051495 de 22 de mayo de 2018.

Corolario a lo expuesto, se concederá el amparo constitucional deprecado por el actor, sin desconocer, en ninguna medida el derecho de la persona que ocupa el 2º puesto en la lista de elegibles tantas veces referenciada.

En tal sentido, el Despacho considera que, todas las personas que hacen parte de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182020051495 de 22 de mayo de 2018, para el empleo identificado con el Código OPEC No. 39147, denominado Profesional Especializado, Código 2028, Grado 15, ofertado en el marco de la Convocatoria 433 de 2016-ICBF, se encuentran bajo las mismas situaciones fácticas y jurídicas que el accionante Andrés Mauricio Jaramillo Vallejo. Por ello, y en aras de proteger los derechos aquellos participantes, es imperativo proferir un fallo con efectos *inter comunis*, que proteja los derechos fundamentales de todos los integrantes de la lista. Sin embargo, es acertado precisar que el artículo 61 del Acuerdo No. CNSC-20161000001376 del 05 de septiembre de 2016[20], reglamentario de la convocatoria No. 433 del 2016, estableció como únicas modificaciones posibles a la lista de elegibles, aquellas que obedecieren a errores aritméticos en la sumatoria de puntajes, o como producto de correcciones en los resultados, datos o reclamaciones. Situaciones que no se presentan en este asunto, por ello, las personas

[20] Página web https://grupogeard.com/co/normatividad/convocatoria-433-icbf/acuerdo-cnsc-20161000001376-5-septiembre-2016/

que hacen parte de la lista de elegibles y que ostentan mejor posición que el accionante, no podrán ser afectadas.

En consecuencia, se ordenará al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR que dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, reporte las vacantes de la OPEC correspondiente o actualice la existente en el sistema SIMO y solicite ante la CNSC el uso de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182020051495 de 22 de mayo de 2018, para el empleo identificado con el Código OPEC No. 39147, denominado Profesional Especializado, Código 2028, Grado 15, ofertado en el marco de la Convocatoria 433 de 2016-ICBF, con el fin de proveer las vacantes definitivas existentes en la entidad que corresponden a los mismos empleos, incluyendo las creadas mediante Decreto 1479 de 2017.

De igual manera, se ordenará a la COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL que en el momento en que el ICBF solicite el uso de la lista de elegibles antes mencionada, previa verificación y conformación de la misma, emita su correspondiente autorización y proceda a remitir la lista de elegibles a dicha entidad, cuyo proceso no podrá exceder el término de un mes contado partir del cumplimiento de los cinco (5) días antes otorgados.

Finalmente, se ordenará al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR que en el término de cinco (5) días contados a partir del recibo de la lista de elegibles enviada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, efectué los trámites administrativos necesarios para el nombramiento y posesión en periodo de prueba de los integrantes de la lista en estricto orden de mérito.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE PASTO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos del señor ANDRÉS MAURICIO JARAMILLO VALLEJO, y de todos los integrantes de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182020051495 del 22 de mayo de 2018, protección que se registra frente a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el INSTITUTO COLOMBIANO DE

BIENESTAR FAMILIAR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- En consecuencia, se emiten las siguientes **ÓRDENES** a las entidades accionadas:

1. **Al Director y/o Representante legal o quien tenga facultad de cumplir lo decidido del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, reporte las vacantes de la OPEC correspondiente o actualice la existente en el sistema SIMO, y solicite ante la CNSC el uso de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182020051495 del 22 de mayo de 2018 para el empleo identificado con el Código OPEC No. 39147, denominado Profesional Especializado, Código 2028, Grado 15, ofertado en el marco de la Convocatoria 433 de 2016-ICBF; con el fin de proveer las vacantes definitivas existentes en la entidad que corresponden a los mismos empleos, incluyendo las creadas mediante Decreto 1479 de 2017.

2. **Al Director y/o Representante legal o quien tenga facultad de cumplir lo decidido de la COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL**, que en el momento en que el ICBF solicite el uso de la lista de elegibles mencionada en el numeral anterior, previa verificación y conformación de la misma, emita su correspondiente autorización y proceda a remitir la lista de elegibles a dicha entidad. Este proceso no podrá exceder el término de un (1) mes contado partir del cumplimiento de los cinco (5) días otorgados en el numeral anterior.

3. **Al Director y/o Representante legal o quien tenga facultad de cumplir lo decidido del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** que en el término de cinco (5) días contados a partir del recibo de la lista de elegibles remitida por la *Comisión Nacional del Servicio Civil*, efectué los trámites administrativos necesarios para el nombramiento y posesión en periodo de prueba de los integrantes de la lista en estricto orden de mérito.

TERCERO.- La presente decisión tiene efectos *inter comunis* para todas aquellas personas que conforman la lista de elegibles contenida en la Resolución No. CNSC-20182020051495 del 22 de mayo de 2018.

CUARTO.- NEGAR la solicitud de coadyuvancia presentada por el señor *Manuel Orlando Mena Zapata*, por la razón expuesta en la parte motiva de ésta sentencia.

QUINTO.- Contra esta providencia procede el recurso de impugnación ante el inmediato superior, que debe interponerse en el término de tres (3) días siguientes a su notificación.

SEXTO.- En firme la sentencia, remítase el expediente ante la Honorable Corte Constitucional en Santafé de Bogotá D. C., para su eventual revisión.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Original firmado)
ADRIANA LUCÍA CHAVES ORTIZ
Juez Séptima Administrativa

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

REF. IMPUGNACIÓN (ACCIÓN DE TUTELA)
ACCIONANTE: CARMENZA MESA MUÑOZ
ACCIONADOS: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC e INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF

RAD. 760013105 006 2020 00149 02

AUDIENCIA NÚMERO 135 C-19

En Cali, a los veintitrés (23) días del mes de junio del año dos mil veinte (2020), la Magistrada **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO,** se constituyó en audiencia virtual *(bajo las condiciones de aislamiento obligatorio o cuarentena dispuesta por el D.L. 749 del 28-05-2020)* y, en consenso con los magistrados LUIS GABRIEL MORENO LOVERA y CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ, con quienes integra la Sala Cuarta de Decisión, procediendo a proferir la siguiente,

SENTENCIA NÚMERO No. 122 C-19

La señora **CARMENZA MESA MUÑOZ,** actuando en nombre propio, promovió querella constitucional en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC y del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, a fin de que se le protejan sus derechos fundamentales de petición, igualdad, trabajo, debido proceso y acceso a cargos públicos, los cuales considera están siendo vulnerados al no obtener una respuesta de fondo a los derechos de petición donde solicita se dé cumplimiento a los artículos 6º y 7º de la Ley 1960 de 2019, así como del criterio unificado *"uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019"* proferido el 16 de enero de 2020 por la Sala Plena de la CNSC.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Señaló la accionante que, la CNSC mediante Acuerdo No 20161000001376 del 05-09-2016, convocó a concurso de méritos para proveer los empleos vacantes pertenecientes al Sistema de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF -Convocatoria No 433 de 2016-, la que tiene como fundamento el artículo 31º de la Ley 909 de 2004, y a la que se inscribió para optar por una

vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 39529, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 11, ubicada en la ciudad de Ibagué – (Tolima).

Que posterior a la publicación del citado acuerdo, el Gobierno Nacional por intermedio del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social expidió el Decreto 1479 de 2017 *"Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras" y se dictan otras disposiciones."*, creando como cargo permanente, el de Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11.

Agrega que, en virtud del artículo 4° del Decreto 1479 de 2017, el ICBF expidió la Resolución 7746 del 05 de septiembre de 2017, donde se distribuyen 3.737 cargos en la planta global del ICBF, incluidos los de Profesional Universitario Código 2044, Grado 11, así: Cundinamarca 1, Dirección General 9, aclarando que las vacantes creadas en virtud del citado decreto, no fueron parte de las vacantes ofertadas por el Acuerdo No 20161000001376 del 05-09-2016, en razón a que, en esa fecha la convocatoria se regía por la Ley 909 de 2004.

Que una vez aprobó las etapas de convocatoria, inscripciones, verificación de requisitos mínimos y aplicación de pruebas, la CNSC publicó a través de la página *web* del Banco Nacional de Listas de Elegibles (BNLE), la Resolución No. CNSC – 20182020074775 del 18-07-2018, *"Por la cual se conforma la lista de elegibles* ***para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 39529****, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 11, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016 – ICBF"*, en la que la tutelante, ocupaba la posición 3, con 69,60 de puntaje.

Refiere que, el artículo 4 de su lista de elegibles, establecía que *"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", misma que, se publicó en la página *web* del Banco Nacional de Listas de Elegibles el 23 de julio de 2018 y quedó en firme el 31 de julio de ese año, y que conforme al artículo 64 del Acuerdo 20161000001376 de 2016, tiene una vigencia de 2 años hasta el 30 de julio de 2020.

Que por llamada telefónica al ICBF, le fue confirmado que se nombró y posesionó en periodo de prueba en el cargo de carrera administrativa de la planta global de dicha entidad, identificado con el código OPEC 39529, ubicado en el municipio de Tolima de la Regional Valle del Cauca, a la señora SOLANGE ALVIS RUEDA, en el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 2044, Grado 11, y que, con base en el uso de su lista de elegibles, conforme al artículo 63 del acuerdo en mención, por recomposición de listas, pasó a ocupar el segundo lugar.

Señala que, la CNSC expidió el 22 de noviembre de 2018 la Resolución 20182230156785, la cual en su artículo 1° dispuso revocar el artículo 4 de 1187 listas de elegibles, entre las cuales se encuentra la suya y, que el 04 de diciembre de 2018 se expidió la Resolución 20182230162005, que declaró desierto el concurso respecto de 5 vacantes, incluida a la que se postuló dentro de la Convocatoria 433 de 2016, lo que impidió que el ICBF pudiese usar su lista para proveer una de las vacantes desiertas y, en consecuencia, las mismas están ocupadas por planta de personal provisional, vulnerándose así el principio del mérito como elemento principal para la provisión de cargos.

Indica que el 27 de junio de 2019, el Congreso expidió la Ley 1960, que modifica el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, de la siguiente forma: *"El Proceso de Selección comprende: (...) 4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad."*, y que el 01 de agosto de 2019, la Sala Plena de la CNSC, expidió Criterio Unificado de *"Listas de elegibles en el contexto de la*

Ley 1960 del 27 de junio de 2017", donde se adoptó que *"Las listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la Ley 1960, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria" y que "los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la Ley 1960 de 2019, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas las reglas previstas para las listas de elegibles"*, posición última respecto de la cual, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, mediante fallo de segunda instancia del 18 de noviembre de 2019, de radicado 76 001 33 33 021 2019-00234, tuteló los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la señora Jessica Lorena Reyes Contreras, ordenando inaplicar por inconstitucional el *"Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019"*, y que la CNSC ofertará los 49 cargos de Profesional Universitario Código 2044, Grado 8 creados mediante el decreto 1479 de 2017 para el ICBF, con el fin de que quienes conforman la lista de elegibles opten, además de elaborar la conformación de la lista de elegibles, la que una vez recibida por la CNSC debería nombrar a los aspirantes en estricto orden de mérito, sentencia que quedó en firme y actualmente está ejecutándose la orden expedida por parte de CNSC y a la espera del cumplimento de dicho fallo de parte de ICBF.

El día 16 de enero de 2020, la Sala Plena de la CNSC, aprobó el Criterio Unificado "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019", donde se estableció que, las listas conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos' entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes.

Que las peticiones elevadas a la CNSC y al ICBF, tienen como finalidad lograr que ambas entidades, en virtud de lo ordenado por el artículo 6º de la

Ley 1960 de 2019, así como del Criterio Unificado expedido por la Sala Plena de la CNSC, de manera conjunta realicen acciones administrativas para que se provean bajo el principio del mérito, las vacantes definitivas creadas disponibles Código 2044 Grado 11 con la lista de elegibles de la accionante, Resolución No. CNSC – 20182020074755 del 18-07-2018; sin embargo, hasta la fecha no ha recibido respuesta ni se ha publicado y/o notificado la manera en como darán cumplimiento a lo ordenado por dicha norma, así como de lo descrito por el Criterio Unificado de la CNSC.

Que el 25 de febrero de los corrientes, el ICBF dio respuesta bajo número de radicado 202012100000048581, en la que se hace mención a que una vez se identifiquen las vacantes, se debe reportar la OPEC o actualizar la existente, en el aplicativo SIMO de conformidad con lo expuesto en la Circular Conjunta No, 2019000000157 del 29 de julio de 2019, en donde la CNSC estableció los lineamientos frente a la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, en relación con la vigencia de la ley - procesos de selección, informe de las vacantes definitivas y encargos, resaltando que la Circular en mención no versa en ningún acápite de su texto, respecto de la aplicación del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, razón por la cual es cuestionable el actuar de CNSC e ICBF, en aras de dar aplicación al citado acto administrativo, máxime cuando el Acuerdo de la Convocatoria, así como las listas de elegibles, el Acuerdo 562 de 2016, establece los procedimientos a realizarse de parte de las entidades públicas, para proveer vacantes mediante el uso de listas de elegibles vigentes y no es comprensible que a esta altura del proceso de selección de la Convocatoria 433 de 2016, las accionadas creen nuevos procedimientos que no están contemplados en el ordenamiento jurídico, vulnerándose de forma grave los principios de eficiencia y eficacia.

Señala que, el artículo 2 del Decreto 1479 de 2017 creó para ICBF un total de diez (10) cargos Código 2044 Grado 11, sin que a la fecha las vacantes hayan sido provistas mediante el uso de listas de elegibles expedidas en virtud de la Convocatoria 433 de 2016, y su lista de elegibles, reitera, perderá vigencia el 30 de julio de 2020. Precisa que, contrario a lo manifestado por

las entidades en las respuestas a peticiones elevadas por otros elegibles en la Convocatoria 433 de 2016, ellas no muestran ningún actuar o expiden alguna publicación que permita entrever a los elegibles, que de manera conjunta darán efectivo cumplimiento a lo dispuesto por la precitada norma.

Agrega que el 03 de marzo de 2020, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto, mediante fallo de tutela de primera instancia, concedió la protección de los derechos fundamentales de la elegible AURA MAGOLA MONTENEGRO BENAVIDES, quien forma parte de la Convocatoria 433 de 2016 –ICBF, actualmente inscrita de elegibles, ordenando tutelar los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la citada, y de todos los integrantes de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182230073625, frente a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC" y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF", para que reportaran las vacantes de la OPEC, y solicitara ante la CNSC el uso de la lista de elegibles conformada en la referida resolución, para el empleo identificado con el Código OPEC No. 34735, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, ofertado en el marco de la Convocatoria 433 de 2016 –ICBF, entre otros asuntos.

Culmina indicando que, ante la omisión de las accionadas, se encuentra ante un perjuicio irremediable, debido a que, el tiempo para que su lista de elegibles pierda vigencia es de solo cuatro (4) meses, tiempo en el cual debe esperar a que las entidades realicen diversas actuaciones administrativas, pese a que no cuentan con ningún cronograma de actividades, donde pueda tener certeza absoluta sobre su gestión, máxime que, no es dable acreditar que ostenta una situación jurídica consolidada o consumada bajo la vigencia de una ley anterior. Cita como soporte jurisprudencial la Sentencia T-455 del 2000 de la Corte Constitucional.

ANTECEDENTES

Esta Corporación mediante auto 322 C-19 del 04 de mayo de 2020, dispuso *"DECLARAR la NULIDAD de lo actuado a partir del auto 621 del 31 de marzo de 2020*

proferido por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, mediante el cual dispuso asumir el conocimiento de la acción de tutela, dejando a salvo las pruebas aportadas, las que gozan de eficacia frente a quienes tuvieron la oportunidad de contradecirlas, en los términos del artículo 138 del CGP", a efecto de que, se vinculara a la acción a las personas que ostentan en provisionalidad el cargo que pretende la hoy accionante CARMENZA MESA MUÑOZ (Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11) como terceros interesados, además a quiénes integran la Lista de Elegibles de la cual hacer parte la citada tutelante.

El Juzgado de conocimiento, por auto 634 del 05 de mayo de los corrientes, dispuso obedecer y cumplir lo resuelto por esta Sala, vinculando a la acción *"a las personas que ostentan en provisionalidad el cargo que aspira ocupar la hoy accionante CARMENZA MESA MUÑOZ (Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11) como terceros interesados…"* y, ordenó al ICBF que, pusieran *"en conocimiento a través de su página web oficial la admisión de esta tutela a las personas que conforman la lista de elegibles y a las personas que ostentan en provisionalidad el cargo que aspira ocupar la hoy accionante…"* como terceros interesados, para que ejercieran su derecho de contradicción.

Cumplido el respectivo trámite, informa la juez de tutela que el ICBF anexó prueba de la publicación del referido auto 634 del 05 de mayo de 2020 en su página *web* y, de la acción de tutela de radicación 2020-00149 propuesta por CARMENZA MESA MUÑOZ, lo que se puede consultar en el siguiente *link:* https://www.icbf.gov.co/notificaciones-fallos-de-tutela, aspecto frente al cual solo se pronunció la señora SOLANGE ALVIS RUEDA *–persona que ocupaba el primer lugar en la lista de elegibles de la OPEC 39529 denominada PROFESIONAL UNIVERSITARIO, código 2044, grado 11 del sistema general de carrera administrativa del ICBF, convocatoria No.433 de 2016-ICBF-,* y quien indicó que no era su intención de pronunciarse frente a los hechos de la tutela, teniendo en cuenta que en la lista de elegibles en mención ocupó el primer lugar y se posesionó en el cargo desde el 06 de septiembre de 2018, ostentando en la actualidad cargo de carrera administrativa en el centro zonal Jordán de la ciudad de Ibagué.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió al Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali el conocimiento de la presente acción, quien mediante **sentencia 104 del 14 de mayo de 2020**, dispuso:

> *"…**Primero**. - NO TUTELAR los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad, debido proceso, el acceso a cargos públicos y petición, cuya vulneración alega la señora CARMENZA MESA MUÑOZ, con C.C.38.250.951 de Ibagué (Tolima), por lo expuesto.*
>
> ***Segundo**. - NOTIFICAR en forma personal o por el medio más eficaz, lo resuelto a las partes interesadas y a los vinculados.*
>
> ***Tercero**. - ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF) que en el término de 24 horas a la notificación de esta providencia ponga en conocimiento a través de su página web oficial esta sentencia a las personas que conforman la lista de elegibles, y a las personas que ostentan en provisionalidad el cargo que aspira ocupar la hoy Accionante CARMENZA MESA MUÑOZ (Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11) como terceros interesados, y una vez efectuado el trámite debe allegar al Despacho de manera inmediata la prueba de dicha publicación.*
>
> ***Cuarto**. - ADVERTIR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF), a la CNSC y a las personas vinculadas en este proveído que, en atención a las medidas adoptadas con ocasión de la emergencia causada por el COVID-19, debe privilegiar el uso del correo electrónico y las herramientas tecnológicas disponibles, de preferencia institucionales, conforme al Decreto 491 de 2020 expedido por el Gobierno Nacional…"*

Lo anterior, tras concluir que, hasta la fecha, ni la CNSC ni el ICBF han vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a cargos públicos cuya protección se invoca, puesto que aún no se ha nombrado a otra persona en un cargo de igual rango, como tampoco se vulnera el derecho de petición, toda vez que, las accionadas han dado respuesta a las peticiones incoadas por la accionante.

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión la accionante la impugnó oportunamente, solicitando se revise por carecer de las condiciones necesarias a la sentencia congruente, teniendo en cuenta que: *"a) No se ajusta a los hechos antecedentes que motivaron la tutela ni al derecho impetrado, por error de hecho y de derecho, en el examen y consideración de mi petición; b) Se niega a cumplir el mandato legal de garantizarme el pleno goce del derecho, como lo establece la ley 1690 de 2019; c) Se funda en consideraciones inexactas cuando no totalmente erróneas; d) Incurre el*

fallador en error esencial de derecho, especialmente respecto del ejercicio de la acción de tutela, que resulta inane a mis pretensiones, por errónea interpretación de sus principios."

Refiere la impugnante que, se vulnera su derecho a la igualdad y acatamiento del precedente jurisprudencial vertical -sentencia SU/345 de 2017-, en tanto que, la decisión es contraria a la proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca respecto de un asunto con los mismos elementos fácticos y jurídicos, en la que se concedió en favor de Jessica Lorena Reyes Contreras, la tutela de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo, y acceso a cargos públicos, vulnerados por la CNSC y el ICBF, agregando que en este caso, no se analizó de fondo el asunto, ni las circunstancias concretas que resaltan de la ejecución de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF, de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 y del derecho fundamental del acceso a cargos públicos.

Que, si bien la Sala Plena de la CNSC expidió "Criterio Unificado" respecto de las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, disponiendo que las listas expedidas y las que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019 -promulgación de la Ley 1960-, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria, que es su caso, lo cierto es que, actualmente ocupa el segundo lugar de la lista publicada mediante Resolución CNSC – 20182020074775 del 18-07-2018 y, en cuanto a que la respuesta de la CNSC no hace alusión al artículo 6º de la Ley 1960 de 2019 (objeto de la acción de tutela), es preciso resaltar que dicha entidad expuso que el 16 de enero de 2020 la Comisión expidió el referido criterio unificado.

Que teniendo en cuenta la postura adoptada por la A quo, se evidencia que no hubo realmente un estudio de fondo en relación con el asunto que suscita la protección constitucional requerida, dado que lo solicitado a las entidades demandadas, es que den inmediato cumplimiento a lo ordenado por los artículos 6º y 7º de la Ley 1960 de 2019, en las que se observa que, se deben cubrir las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso de la misma

entidad, frente a las cuales, se probó que el Decreto 1479 de 2017, creó nuevas vacantes definitivas en el ICBF, para el Código 2044, Grado 11, un total 10 cargos, los cuales surgieron con posterioridad a la expedición del Acuerdo de Convocatoria que rige el proceso de selección de personal.

Argumenta además que, conforme al Criterio Unificado del *"USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019"*, la CNSC establece que, se deben cubrir las nuevas vacantes que se generen con posterioridad, que correspondan a los MISMOS EMPLEOS, y que en consecuencia, existen dos normas que avalan el uso de su lista de elegibles para proveer las doce vacantes Código 2044 Grado 11, creadas por el Decreto 1479 de 2017 y son estas disposiciones, las cuales requieren de la intervención del juez de tutela, dado a que perderá vigencia el 30 de julio de 2020.

Concluye indicando que, no es dable que el juez de primera instancia se limite a manifestar que las entidades ya están adelantando las acciones necesarias para proveer las vacantes creadas por el Decreto 1479 de 2017, máxime cuando en el expediente no obra prueba alguna que permita inferir que ICBF solicitó la autorización del uso de su lista de elegibles a la CNSC, y esta última no ha manifestado el inicio del trámite para dar autorización de uso de la misma, y por ello, no es entendible la justificación del ICBF respecto del presunto actuar en aras de dar cumplimento a las normas previamente citadas, teniendo en cuenta de que, las listas de elegibles expedidas en el marco de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF están próximas a vencer.

Por lo tanto, considera urgente la intervención del juez de tutela en segunda instancia, a fin de que ordene a las entidades que, de manera pronta realice los nombramientos respecto de las nuevas vacantes creadas, mediante el uso de listas de elegibles, en un tiempo anterior a la pérdida de vigencia de las mismas, para que se dé uso de la lista de elegibles en mención, so pena de perder definitivamente su derecho a optar por una de las 10 vacantes Código 2044 Grado 11 creadas por el Decreto 1479 de 2019, reiterando que, se requieren de acciones urgentes de parte del operador de justicia, para

que CNSC e ICBF realicen labores conjuntas y de manera pronta, en aras de garantizar la provisión de vacantes nuevas mediante el uso de listas de elegibles. Como soporte, cita varias decisiones proferidas por Despachos judiciales en acciones de tutela.

DECISIÓN

Cumplidos los trámites constitucionales de la acción de tutela, es preciso entrar a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

En el caso de autos se tiene que, lo pretendido en sede constitucional por la señora CARMENZA MESA MUÑOZ es, concretamente, el amparo de sus derechos fundamentales, de petición, igualdad, trabajo, debido proceso y acceso a cargos públicos, los cuales considera están siendo vulnerados al no obtener una respuesta de fondo a los derechos de petición donde solicita se dé cumplimiento a los artículos 6º y 7º de la Ley 1960 de 2019, así como del criterio unificado *"uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019"* proferido el 16 de enero de 2020 por la Sala Plena de la CNSC.

Problema jurídico.

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si, con el actuar u omisión de las entidades accionadas, se vulneran los derechos fundamentales de la tutelante, y en caso afirmativo, si es viable impartir las órdenes que pretende con la acción constitucional.

Normatividad y jurisprudencia aplicable.

El artículo 125 de la Constitución Política de Colombia establece que, salvo las excepciones allí contempladas, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, los cargos serán provistos por concurso público, y el ingreso y ascenso se hará previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

Por su parte, la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004, por la cual se expidieron normas reguladoras del empleo público y la carrera administrativa, define ésta como *"un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público"*, para cuya finalidad *"el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad sin discriminación alguna"* -artículo 27 ib.-.

Posterior a ello, surgió la Ley 1960 del 27 de julio de 2019, por medio de la cual se modifica la Ley 909 de 2004 y se dictan otras disposiciones, y en lo que interesa a este asunto, en sus artículos 6° y 7°, estableció:

> ***"ARTÍCULO 6°.*** *El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:*
> *"Artículo 31. El Proceso de Selección comprende:*
> *(…)*
> *4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso* ***y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.***
>
> ***ARTÍCULO 7°.*** *La presente ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias."*

Procedencia de la acción de tutela.

Conforme al artículo 86 de la Carta Política y como lo ha reiterado la jurisprudencia, se tiene que, la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, al que se puede recurrir ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de los derechos invocados o cuando existiendo, se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En consecuencia, si existieren otras instancias judiciales eficaces y expeditas para alcanzar la protección de lo que se reclama, el interesado(a) debe acudir a ellas, antes de pretender el amparo por vía

constitucional, en otras palabras, la subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles, pues la tutela no puede desplazar los mecanismos ordinarios.

Así pues, la acción de tutela se tiene que procede ***(i)*** cuando no existan otros medios de defensa judicial, ***(ii)*** cuando existiendo éstos no fueren eficaces para salvaguardar los derechos fundamentales, o ***(iii)*** cuando no lo fueren para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Sobre la procedibilidad de la acción de tutela, en casos como el examinado, donde están de por medio circunstancias surgidas en un concurso de méritos, en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha señalado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de otros mecanismos como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, al considerar que ésta no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos.

Al respecto, la Alta Corporación Constitucional en Sentencia T-315 de 1998 la Corte, indicó:

> "*(…) en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional.*"

Así mismo, resaltó la Corporación en **Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002** que:

> *"… existe una clara línea jurisprudencial según la cual* ***la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución****. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso.* ***Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos****."*

Y en similares circunstancias, en Sentencia SU-913 de 2009, concluyó que si bien, pueden existir otros mecanismos judiciales, estos deben ser eficaces y conducentes para, excluir al mecanismo de tutela en la protección de derechos en materia de concurso de méritos. De lo contrario, al tener que acudir a un proceso ordinario o contencioso administrativo, se estaría obligando a soportar la vulneración de derechos que requieren atención inmediata.

Conforme a la jurisprudencia en cita, se concluye que la acción de tutela es un mecanismo eficaz e idóneo para controvertir asuntos referentes a la provisión de cargos de carrera, ello conforme a los resultados publicados en las listas de elegibles por los concursos de mérito, por cuanto, se pretenden garantizar no solo los derechos a la igualdad y al debido proceso, invocados por la hoy impugnante, sino además la debida aplicación del artículo 125 de la Constitución Política.

Así las cosas, pese a que existen mecanismos judiciales ordinarios para que la accionante pueda proteger los derechos que alega se encuentran conculcados, como lo sería una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, para esta Sala, el amparo constitucional hoy deprecado cumple con el requisito de subsidiariedad, pues el medio de control legal ante la Jurisdicción Contenciosa, no le ofrecería a la tutelante una protección oportuna de sus derechos al trabajo, al debido proceso y acceso a los cargos

públicos, bajo la óptica que la lista de elegibles de la cual hace parte, tiene una vigencia hasta el 30 de julio de 2020, es decir esta próxima a vencerse como se invoca en el escrito de tutela, y en tales circunstancias, someterse a una demanda judicial, considerando los términos que se manejan y etapas del proceso, además de la congestión actual de los Despachos Judiciales, le acarrearía un perjuicio irremediable, y como se pasará a exponer a continuación, de acuerdo con los informes rendidos por el ICBF y la CNSC, los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos por la actora y que cimientan sus pretensiones no se encuentra en controversia, sino que este amparo se presenta para ordenar a las accionadas una actuación ágil, eficaz y diligente frente a los procedimientos legales que deben cumplir frente a lo peticionado. En conclusión, someter a la accionante a acudir a un proceso judicial, bajo los anteriores supuestos, no resulta razonable ni proporcional.

Caso en concreto.

Adentrándonos en el caso en concreto, se tiene que la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Acuerdo No 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -**Convocatoria No 433 de 2016**-, misma que, en su artículo 6° dispuso: *"NORMAS QUE RIGEN EL CONCURSO ABIERTO DE MÉRITOS**.** *El proceso de selección por méritos, que se convoca mediante el presente Acuerdo, se regirá de manera especial, por lo establecido en la ley 909 de 2004, sus decretos reglamentarios, Decreto 760 de 2005, Decreto 1083 de 2015, Ley 1033 de 2006, lo dispuesto en el presente Acuerdo y por las demás normas concordantes."*

Se acreditó en el plenario que, la hoy accionante, señora CARMENZA MESA MUÑOZ, se inscribió a la citada convocatoria para optar por una vacante del empleo identificado con el Código OPEC 39529, denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, ubicada en la ciudad de Ibagué – Tolima, y una vez aprobó las etapas

correspondientes, fue expedida por la CNSC la Resolución CNSC 20182020074775 del 18 de julio de 2018, en la que se conformó la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del citado cargo, así:

Posición	Documento	Nombre	Puntaje
1	28541815	SOLANGE ALVIS RUEDA	73.03
2	38253933	ANA MARÍA CAICEDO GÓMEZ	70.42
3	**38250951**	**CARMENZA MESA MUÑOZ**	**69.60**

Frente a la firmeza de la citada lista de elegibles, el artículo 62 del mentado Acuerdo 20161000001376 de 2016, estableció lo siguiente:

> *"FIRMEZA DE LA LISTA DE ELEGIBLES. La firmeza de las listas de elegibles se produce, cuando vencidos los cinco (5) días hábiles siguientes a su publicación en la página web www.consc.gov.co y/o enlace SIMO 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 55º 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 publicara 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 este se encuentre vigente."*

Y en cuanto a la vigencia de la misma, el artículo 64 ibídem, previó que sería de "*dos (2) años a partir de su firmeza"*, término que igualmente es establecido por el artículo 5º de la Resolución CNSC 20182020074775 de 2018, al señalar que: *"La Lista de Elegibles conformada a través del presente Acto Administrativo tendrá una vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su firmeza, conforme a lo establecido en el artículo 64 del Acuerdo No. 20161000001376 de 2016, en concordancia con el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.".* Así las cosas, conforme se informa en el expediente y se acredita en la página *web* del Banco Nacional de Listas de Elegibles, la lista de elegibles en mención tendrá firmeza hasta el **30 de julio de 2020**.

Como bien se acredita con los documentos aportados, y lo ratifica la vinculada al presente trámite, en el cargo de Profesional Universitario Código

2044, Grado 11, identificado con el código OPEC 39529, se nombró a la señora SOLANGE ALVIS RUEDA por Resolución 10595 del 17 de agosto de 2018-, con base en la lista de elegibles prevista en la Resolución CNSC 20182020074775 de 2018, misma que se posesionó en periodo de prueba en el cargo de carrera administrativa de la planta global de dicha entidad el día 06 de septiembre de 2018 –ver acta de posesión aportada-.

Posteriormente, la CNSC expidió la Resolución CNSC – 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 *"Por la cual se revoca el articulo cuatro de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria 443 de 2016 – ICBF"*, la cual dispuso en su artículo 1°: *"revocar la disposición contenida en el cuarto de los siguientes actos administrativos:…"*, entre los que se cita la Resolución CNSC – 20182020074775 del 18 de julio de 2018, que conformó la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 39529, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 11, de la cual hacía parte la hoy tutelante.

Y a través de la Resolución CNSC – 20182230162005 del 04 de diciembre de 2018, la Entidad declaró desierto el concurso para algunas vacantes ofertadas en el marco de la convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF, incluyendo 5 vacantes respecto del código 2044, grado 11, al que postuló la accionante dentro de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF, situaciones que impidieron que, el ICBF pudiese usar la lista de elegibles de la cual hace parte la actora para proveer una de las vacantes desiertas, mismas que actualmente están ocupadas por planta de personal de carácter provisional, aspecto frente al cual se duele la impugnante.

Frente a este aspecto, cabe resaltar que la CNSC en su concepto unificado respecto de las modificaciones integradas por la Ley 1960 de 2019 al numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, indicó que *"(…) De conformidad con lo expuesto, las listas de legibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección* ***aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2017, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera***

–OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósitos, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número OPEC*."*

Dicho lo anterior, y verificados los documentos aportados al trámite, se advierte que la hoy accionante presentó derechos de petición los días 12 y 13 de febrero de 2020 ante la CNSC e ICBF –con constancias de recibido-, respectivamente, en los que solicitaba:

"1. Se me informe la situación jurídica de cada una de las 10 vacantes Código 2044 Grado 11, creadas en virtud del Decreto 1479 de 2017, distribuidas por la Resolución 7746 de 2017, donde se me mencione lo siguiente:
a. Denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y grupo de aspirantes y
b. Si a la fecha, están provistas por algún funcionario y bajo que modalidad esta provista cada cargo (carrera, encargo, provisionalidad, no provista u otros).
2. Se me mencione la cantidad de vacantes totales, permanentes y que estén siendo ocupadas en provisionalidad y/o encargo a la fecha de hoy, en el empleo denominando PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 2044 Grado 11 Código OPEC 39924 en todas las Regionales de Tolima, así como las del resto del país.
3. Respecto de las siguientes vacantes:

Empleo OPEC No	DENOMINACIÓN	CÓDIGO	GRADO	VACANTES	VACANTES DESIERTAS
39517	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	1	1
39518	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	1	1
39519	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	1	1
39597	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	1	1
39604	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	1	1

Se me mencione la situación jurídica actual las vacantes Código 2044 Grado 11, que quedaron desiertas en virtud de la Convocatoria 433 de 2016, donde se exprese:

a. Denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones y ubicación geográfica.

b. Si a la fecha, están provistas por algún funcionario y bajo que modalidad esta provista cada cargo (carrera, encargo, provisionalidad, no provista u otros).

4. Con lo anterior solicito a CNSC e ICBF, en aplicación de la Ley 1960 de 2019 y con base en el derecho fundamental a igualdad, citando el fallo de tutela de segunda instancia expedido por el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA, mediante número de radicado 76 001 33 33 021 2019-00234-01, interpuesto por la elegible JESSICA LORENA REYES CONTRERAS, que ambas entidades de manera conjunta realicen los actos tendientes para que provean las 10 vacantes Código 2044 Grado 11 creadas por el Decreto 1479 de 2017 y distribuidas por la Resolución No 7746 de 2017, con la lista de elegibles Resolución CNSC No 20182020074755 del 18-07-2018, "Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 39529,

denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 11, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016 – ICBF"…

5. Que, para la correcta aplicación del punto anterior, las entidades tengan en cuenta lo ordenado por el fallo de segunda instancia proferido por el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA, mediante número de radicado 76 001 33 33 021 2019-00234-01, interpuesto por la elegible JESSICA LORENA REYES CONTRERAS y por lo dispuesto en el Criterio Unificado "Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019" proferido por CNSC mediante sesión del 16 de enero de 2020.

6. De manera subsidiaria y en caso de existir en el departamento de Tolima o en otra regional del país, una o más vacantes definitiva disponibles denominada PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044 Grado 11, se provean las mismas, con la Resolución No 7746 de 2017, con la lista de elegibles Resolución CNSC No 20182020074755 del 18-07-2018, "Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 39529, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 11, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016 – ICBF"…"

En el informe rendido por la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, expuso que la hoy Accionante ocupó el tercer lugar de la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No.39529, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 11, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016 – ICBF, pero que mediante Resolución CNSC – 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 se revocó el artículo 4° de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la citada Convocatoria, por no encontrarse en consonancia con los preceptos superiores que regulan la materia, toda vez que el artículo 4° de la Resolución 20182020074775 del 18 de julio de 2018, no se encontraba conforme con el interés público o social, teniendo en cuenta que su inclusión afecta el principio de seguridad jurídica, que debe regir el proceso de selección por mérito y, por ende, la confianza pública que subyace en la inmodificabilidad de las reglas que rigen el proceso de selección, configurándose la segunda causal de revocatoria directa, esto es *"Cuando no estén conformes con el interés público o social"*.

Y por su parte, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, expresó que la lista de elegibles publicada adquirió firmeza el 31 de julio de 2018, misma que se conformó para proveer una vacante y en dicha

lista la accionante ocupo la posición número 3, y que no es cuestionada como tal, sino las actuaciones que surgieron con posterioridad y específicamente el hecho de que no se haya efectuado inmediatamente su nombramiento, en aplicación del artículo 6° de la Ley 1960 de 2019. Sin embargo, refiere el ICBF que procederán a hacer su nombramiento una vez se surtan una serie de procedimientos que se están adelantando por parte del Instituto, y una vez la CNSC apruebe el uso de la lista.

Agrega que la peticionaria exige el cumplimiento del artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, que modificó el numeral 4° de la Ley 909 de 2004, desconociendo que la misma norma (artículo 2°) creó el derecho a los empleos de carrera administrativa a concurso de ascenso y movilidad horizontal, para lo cual la Ley le otorgó término a la CNSC para regular el derecho. Así las cosas, la entidad accionada relaciona todas las vacantes definitivas del empleo profesional Código 2044 Grado 11 (provistas en encargo, nombramiento provisional- sin proveer- vacantes desiertas) con las que cuenta el Instituto, incluyéndose las creadas con el Decreto 1479 de 2017 con la correspondiente ubicación geográfica y rol definido en el Manual Especifico de Funciones y competencias Laborales, vigente para el momento de la convocatoria, es decir Resolución 4500 del 20 de mayo de 2016.

Aclara que, el ICBF que con la expedición de la Ley 1960 de 2019, en conjunto con la CNSC, emitieron distintos actos sobre la aplicación de esa norma, únicamente para los concursos que se generaran a partir de su entrada en vigencia, 27 de junio de 2019, pero que el 16 de febrero de 2020 la CNSC emitió un criterio unificado sobre la aplicación de dicha Ley y determinó, como órgano rector de la carrera administrativa, que era procedente dar aplicación a la norma frente a las listas de elegibles que se habían aprobado antes de su expedición y se encuentran vigentes, disposición que han acatado, pero que para tal fin requieren adelantar una serie de acciones administrativas y financieras que implican tiempo y recursos públicos de acuerdo con la reglamentación de la CNSC, y por tanto se están realizando las gestiones necesarias para acatar la norma y la directriz dada por la Comisión.

Así entonces, verificado todo lo anterior, se tiene que en la actualidad la señora MESA MUÑOZ no pretende hacer valer una mera expectativa, ni la vacante que fuere ofertada en la aludida Convocatoria 433 de 2016, pues resulta claro para la Sala que, la citada accionante ocupaba la tercera posición en la lista de la elegibles de la cual hizo parte, sin embargo, con el nombramiento de la señora SOLANGIE ALVIS RUEDA y posesión efectuada el 06 de septiembre de 2018, conllevó a la recomposición de la lista conforme al artículo 63 del Acuerdo 20161000001376 de 2016, pasando a ocupar el segundo lugar, lo que la conduce a estar en un turno meritorio y por tanto, tendría derecho a ser nombrada en un puesto vacante que cumpla con las características del cargo para el cual concursó, vacante que se itera, pudo haber sido generada con posterioridad al concurso de méritos y que se encuentra provista de manera provisional, conforme al criterio unificado antes indicado. En tal sentido, como se señaló con antelación al decidir sobre la procedibilidad de la tutela, en el presente asunto no se debate la legalidad o no del trámite surtido al interior del concurso de méritos del cual hizo parte la tutelante, sino una situación surgida con posterioridad, como lo fue la autorización para uso de listas de elegibles en las circunstancias descritas en líneas precedentes.

En consecuencia, advierte la Sala que con el proceder omisivo de las accionadas, relativo a dar pronto y cabal inicio a los procedimientos señalados para que se determine la procedencia o no del nombramiento deprecado por la accionante, se generan barreras de carácter administrativo y una dilación injustificada que, sin duda trasgrede el derecho al debido proceso de la señora CARMENZA MESA MUÑOZ, pues a la fecha el ICBF no ha demostrado el más mínimo interés, a pesar de señalar en su respuesta que ha dado inicio a ello, en adelantar los trámites respectivos para dar cumplimiento al criterio unificado emitido por el órgano rector de la carrera administrativa, lo que trasgrede el derecho que le asiste a la tutelante de solicitar un cargo que se ajuste a aquel para el cual concursó en la convocatoria 433 de 2016 y frente al cual las decisiones del órgano competente, incluso antes de la expedición del criterio unificado dirigido al

"uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019" proferido el 16 de enero de 2020 por la Sala Plena de la CNSC, le han conferido confianza legítima acerca de que es una potencial aspirante.

Con lo expresado, concluye esta Sala que tanto la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC como el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF, vulneraron los derechos al debido proceso administrativo y trabajo de la accionante, y de contera el principio de confianza legítima, así como el acceso a la carrera administrativa por mérito e igualdad de oportunidades, y por tal razón, habrá de revocarse la sentencia impugnada.

Debe considerarse además otro de los puntos objeto de tutela, cual es el perjuicio irremediable que según la accionante podría ocasionar la espera a que se realice todo el trámite administrativo y financiero por parte de las entidades accionadas, ello considerando que su lista de elegibles se encuentra vigente solo hasta el 30 de julio de 2020, aunado al hecho de la conducta omisiva y dilatoria de las accionadas en dar cumplimiento a los trámites que les corresponden a cada una de ellas dentro del ámbito de sus competencias antes de dicha calenda, y en tal sentido, como se expresó con anterioridad, no puede someterse a la tutelante a una espera incierta o indefinida, máxime cuando en sus propias respuestas las accionadas invocan que deben surtirse trámites complejos, que demandan tiempo y recursos, lo cual da a entender la desidia de las accionadas, con lo que se trasgreden los derechos fundamentales invocados y principios orientadores del Estado Social de Derecho, pues deja la posibilidad del acceso a un cargo público en total incertidumbre y a merced del querer de la administración.

Así, para esta Corporación, las actuaciones administrativas y financieras a que hacen referencia las accionadas no pueden entenderse indefinidas, más cuando están en juego caros derechos fundamentales de la tutelante y que se convierten en meras excusas y barreras de índole administrativo que deben ser remontadas con voluntad e impronta de perseguir el mérito en el sector público. Además, la novedad legislativa no impide la pronta adaptación a

nuevas realidades, que como la planteada, siempre serán menos lesivas con el erario público frente a la obligada convocatoria de un nuevo concurso de méritos, si llegare a vencerse la lista de elegibles.

Con fundamento en todo lo anterior, se requerirá al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF, para que adelante los trámites administrativos y financieros necesarias y suficientes, derivados del uso de lista de elegibles para proveer vacantes surgidas con posterioridad a la convocatoria de que hace parte la accionante CARMENZA MESA MUÑOZ, y en consecuencia, para su inicio, se le ORDENARÁ al Director (a) de dicho Instituto, que en el término perentorio de CINCO (5) DÍAS HÁBILES contados a partir de la notificación de esta providencia, en virtud de la petición elevada por la accionante, proceda a: ***1)*** realizar la verificación de la planta global de los empleos que cumplen con las características de aquel solicitado por la accionante, que corresponde al mismo por el que concursó y en especial la ubicación geográfica de cada uno de estos, ***2)*** reportar la OPEC o actualizar la existente en el aplicativo Sistema de Apoyo para la Igualdad, el mérito y la oportunidad –SIMO- y, ***3)*** realizar ante la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC, la solicitud de uso de las listas de elegibles en los términos dispuestos por la Ley y los reglamentos con las erogaciones presupuestales que ello implica, debidamente determinadas por la CNSC y finalmente, en el evento de ser autorizado el uso de la lista por la CNSC, en el mismo término, contado desde la comunicación de dicha autorización, proceda a realizar el nombramiento de la accionante en el cargo deprecado.

Además, se ORDENARÁ a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC, que en el término perentorio de DIEZ (10) DÍAS contados a partir de la solicitud de uso de listas de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado con la OPEC 39529 en la Convocatoria 433 de 2016, proceda a: ***1)*** informar si existen elegibles que cumplan con los requisitos para el uso de listas de los empleos que satisfacen las condiciones, ***2)*** definir la tarifa que debe asumir y pagar la entidad - ICBF, y **3)** realizar todos los demás trámites correspondientes para que finalmente de resultar procedente se expida acto administrativo de autorización de uso listas de

elegibles y su remisión, y con ello el ICBF pueda realizar los pagos respectivos y efectuar el nombramiento a que haya lugar.

Todo, sin perjuicio de ajustar conjuntamente, las accionadas los cronogramas que deben adoptar antes del vencimiento de la lista de la accionante.

Por lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia 104 del 14 de mayo de 2020 proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, para en su lugar, CONCEDER el amparo constitucional deprecado por la señora CARMENZA MESA MUÑOZ en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF y de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, por la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, el acceso a la carrera administrativa por mérito, igualdad de oportunidades y al trabajo, ello conforme a las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. En consecuencia, REQUERIR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF, para que adelante los trámites administrativos y financieros necesarias y suficientes, derivados del uso de lista de elegibles para proveer vacantes surgidas con posterioridad a la convocatoria de que hace parte la accionante CARMENZA MESA MUÑOZ y en consecuencia, se le ORDENA a su Directora General LINA MARÍA ARBELÁEZ ARBELÁEZ, o quien haga sus veces, que en el término perentorio de CINCO (5) DÍAS HÁBILES contados a partir de la notificación de esta providencia, en virtud de la petición elevada por la accionante, proceda a: ***1)*** realizar la verificación de la planta global de los empleos que cumplen con las características de aquel solicitado por la accionante, que corresponde al mismo por el que concursó y en especial la ubicación geográfica de cada uno de estos, ***2)*** reportar la OPEC o actualizar la

existente en el aplicativo Sistema de Apoyo para la Igualdad, el mérito y la oportunidad –SIMO- y, ***3)*** realizar ante la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC, la solicitud de uso de las listas de elegibles en los términos dispuestos por la Ley y los reglamentos con las erogaciones presupuestales que ello implica, debidamente determinadas por la CNSC y finalmente, en el evento de ser autorizado el uso de la lista por la CNSC, en el mismo término, contado desde la comunicación de dicha autorización, proceda a realizar el nombramiento de la accionante en el cargo deprecado.

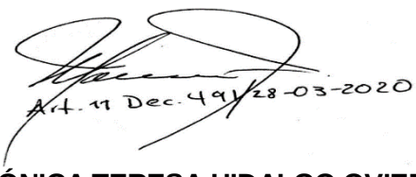
TERCERO. ORDENAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, representada legalmente por su Presidente, FRÍDOLE BALLÉN DUQUE, que en el término perentorio de DIEZ (10) DÍAS contados a partir de la solicitud de uso de listas de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado con la OPEC 39529 en la Convocatoria 433 de 2016, proceda a: ***1)*** informar si existen elegibles que cumplan con los requisitos para el uso de listas de los empleos que satisfacen las condiciones, ***2)*** definir la tarifa que debe asumir y pagar la entidad - ICBF, y **3)** realizar todos los demás trámites correspondientes para que finalmente de resultar procedente se expida acto administrativo de autorización de uso listas de elegibles y su remisión, y con ello el ICBF pueda realizar los pagos respectivos y efectuar el nombramiento a que haya lugar.Todo, sin perjuicio de ajustar conjuntamente, las accionadas, los cronogramas que deben adoptar antes del vencimiento de la lista de la accionante.

CUARTO. ORDENAR al ICBF que publique el presente fallo en el aparte correspondiente de su página *web.*

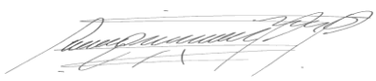
QUINTO. Dentro del término legal envíese el expediente en medios electrónicos a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

SEXTO. NOTIFÍQUESE electrónicamente a las partes esta decisión por ser el medio más expedito, conforme a los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, a los correos que reposan en las diligencias, en atención a la situación de emergencia sanitaria derivada de la pandemia por Covid 19 y las medidas de aislamiento preventivo obligatorio.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina y firma en constancia después de leída y aprobada.



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada
Se suscribe con firma escaneada,
por salubridad pública
(Art. 11 D. 491 del 28-03-2020 y Art. 22,28 Ac. PCSJA20-11567 DEL 5-06-2020)



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

APROBADO TIC (23/06/2020)

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA
POPAYÁN – CAUCA

SENTENCIA DE TUTELA Nro.027

Popayán, veintitrés (23) de junio de Dos mil veinte (2020)

PROCESO:	ACCIÓN DE TUTELA
RADICADO:	19001-31-10-002-2020-00110-00
ACCIONANTE:	ELIUD VELASCO GOMEZ.
ACCIONADAS:	INST. COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
VINCULADA:	CLAUDIA LORENA GORDILLO ARMERO

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede este Despacho a emitir sentencia dentro de la acción de tutela instaurada a nombre propio por la señora ELIUD VELASCO GOMEZ, en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR en adelante "ICBF" y la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL en adelante "CNSC". por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, A LA IGUALDAD, AL TRABAJO Y AL ACCESO A CARGOS PUBLICOS, consagrados en su orden, en los artículos 29, 13, 25 y 125 de la Constitución Política de Colombia.

HECHOS:

Refiere la accionante que el ICBF y la CNSC, mediante suscripción de un acuerdo, adelantaron la convocatoria pública de concurso de méritos para proveer 2470 empleos vacantes que pertenecen al sistema de carrera administrativa del ICBF, para lo cual la actora procedió a realizar la respectiva inscripción, optando por la vacante identificada con el código OPEC No. 38903, profesional especializado código 2028, grado 17 con ubicación geográfica en la regional Cauca.

Que una vez agotadas todas las etapas del concurso, la CNSC, procedió a conformar las listas de elegibles y mediante resolución de fecha 26/04/2018, declaró la firmeza de estas.

Entre dichas listas, se encontraba la correspondiente al cargo para el cual concursó la accionante, conformada por dos profesionales, siendo ella la segunda de la lista en mención. Con Resolución No. 6479 de 25/05/2018 el ICBF nombro en periodo de prueba a la Abogada CLAUDIA LORENA GORDILLO ARMERO, por ser quien ocupaba el primer puesto de la lista aludida y en consecuencia la tutelante quedo ubicada en el primer lugar de la misma, por ende, en consonancia con los lineamientos de la convocatoria, le confirió la expectativa de ser nombrada durante la vigencia de las listas para posibles vacantes que pudieran generarse o nuevos cargos que eventualmente se crearan.

Con fecha 22 de noviembre de 2018 la CNSC expide la Resolución 20182230156785 que revoca el artículo 4º de todos los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la convocatoria 433 de 2016, *"…una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidara 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 la vigencia en los mismos empleos convocados…"* decisión que a criterio de la accionante vulnera los derechos adquiridos, en virtud de haber concursado bajo ciertos parámetros que luego fueron cambiados por la CNSC.

Como resultado de la expedición del decreto 1479 de 04/09/2017, se crearon para el ICBF 591 cargos de carácter permanente denominados PROFESIONAL ESPECIALIZADO CODIGO 2028 GRADO 17, similares al cargo para el que había concursado la señora VELASCO GOMEZ y para los cuales, el respectivo acto administrativo dispuso proveerlos acorde a lo estatuido en el Ley 909/2004 *("Por la cual se expiden normas que regulan el Empleo Público, la Carrera Administrativa, la Gerencia Pública y se dictan otras disposiciones.").*

Con fecha 27/06/2019 se expide la Ley 1960 que modifico la ley 909 de 2004 y el decreto 1567 de 1998, artículo 6º, modifico el numeral 4º del artículo 31 de la ley 909 de 2004 y estableció "…*Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan*

con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad…", posteriormente con fecha 1° de agosto de 2019, la CNSC aprobó y expidió el criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019 donde determinó *"…las listas de los elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la ley 1960, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria…….De otra parte, los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la ley 1960 de 2019, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas la reglas previstas para las listas de elegibles……En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes, en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada…*".

En criterio unificado de la CNSC del 16 de enero de 2020, sobre utilización de lista de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019, que deja sin efecto el criterio anterior dispuso que: "…*De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos' entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un numero de OPEC…..Por tanto, el nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas por la CNSC en el marco de los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio da 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos" o vacantes en cargos da empleos equivalentes…*".

Para el presente caso, se refiere que la Señora CLAUDIA LORENA GORDILLO ARMERO, fue nombrada y posesionada en el cargo identificado como OPEC No. 38903, profesional especializado código 2028, por lo que sostiene la actora, que ella ocupa actualmente el primer lugar en la Resolución 20182020040925 del 26 de abril de 2018 que conformó la lista de elegibles; no obstante, como la CNSC revocó el artículo cuarto de cada una de las 1187 listas de elegibles expedidas con ocasión de la Convocatoria 433 de 2016, a la fecha no cuenta con posibilidad real de acceder a un cargo público ofertado por el ICBF en el citado concurso de méritos, dado que la

única vacante ofertada en la OPEC 38903, Código 2028 Grado17, está ocupada por la profesional GORDILLO ARMERO, y según los lineamientos determinados por la CNSC, la lista de elegibles de la que hace parte, no será tenida en cuenta pues fue expedida en relación con un proceso de selección adelantado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, pese a que el artículo 7º de la ley en cita, precisa que la misma rige a partir de su publicación. Así las cosas, considera que el ICBF y la CNSC deben acatar lo preceptuado por la ley mencionada, y proveer las vacantes creadas por el Decreto 1749 de 2017 con las listas de elegibles expedidas en razón de la Convocatoria 433 de 2016, y siendo que la declaratoria en firme de las listas, según el ICBF, data del 09/05/2018 para el caso en concreto su vigencia sería hasta el 27 de junio de 2020 *(teniendo en cuenta que la lista de elegibles tiene vigencia de 2 años, a partir del 09 de mayo de 2018, cuando quedaron en firme y hasta el 08 de mayo de 2020, los cuales con ocasión de la emergencia sanitaria por cuenta del COVID, se interrumpieron el 24 de marzo del presente año y se reanudaron el 11 de mayo, lo que ubica el extremo final de la vigencia el día 27 de junio del presente año).*

Indica que antes de acudir a la presente acción constitucional, con fecha 16/03/2020 solicitó mediante derecho de petición las garantías de sus derechos fundamentales y concomitante a ello el nombramiento y posesión al cargo que optó dentro de la Convocatoria 433 de 2016, sin que las respuestas garanticen un debido proceso, pues el ICBF ha proyectado una respuesta similar para todas las personas que de una u otra manera solicitaron información respecto a la aplicación de la lista de elegibles.

PETICIÓN

Solicita la actora, el amparo de sus derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, TRABAJO Y ACCESO A CARGOS PUBLICOS y en consecuencia, se ordene al ICBF y a la CNSC, que en el término de 48 horas siguientes al fallo, realicen los trámites administrativos pertinentes para que se dé cumplimiento a lo ordenado en los artículos 6 y 7 de la ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y se use la lista de elegibles de la resolución No 20182020040925 del 26 de abril de 2018 la CNSC, por la cual se hizo la provisión de una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No 38903, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, código 2028, grado 17 del sistema general de carrera administrativa del ICBF, y se proceda a expedir el acto administrativo que nombre a la accionante y la posesione en Carrera Administrativa, en una de las 591 vacantes definitivas que fueron creadas por el decreto 1479 de 2017.

TRÁMITE PROCESAL

La acción de tutela fue admitida mediante auto Nro. 424 fechado el 08/06/2020, ordenándose la notificación del auto admisorio de la misma al ICBF y a la CNSC y se dispuso la vinculación de la profesional que ocupo el primer lugar de la lista de elegibles, Sra. CLAUDIA LORENA GORDILLO ARMERO.

Tanto las entidades accionadas como la vinculada, fueron oportunamente notificadas del adelantamiento de la presenta acción, vía correo electrónico y dentro del término concedido para tal fin, cada una de ellas descorrió el respectivo traslado.

RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS Y LA VINCULADA

La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC", por intermedio del Dr. CARLOS FERNANDO LOPEZ PASTRANA, en calidad de Asesor Jurídico, en escrito remitido vía electrónica al correo del Juzgado, considera como improcedente la acción interpuesta, en tanto esta no es la vía para reclamar los derechos invocados, pues existe otro medio de defensa judicial, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

De igual manera señala como correcto lo referente al concurso de méritos del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, mediante convocatoria 433 de 2016. Acerca de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 advierte que la misma tiene vigencia desde su publicación, esto es, desde el 27 de junio de 2019, no tiene efectos retroactivos y su aplicación se hará para convocatorias posteriores a su entrada en vigor.

Finalmente, solicita se declare la improcedencia de la tutela, y la desvinculación de la acción, por cuanto la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC", carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que si bien es cierto esa entidad adelantó el proceso de concurso para proveer los empleos vacantes en la planta de personal del ICBF, también lo es que no tiene ninguna competencia respecto de la administración de la planta de personal del ICBF, pues la facultad para nombrar y retirar servidores públicos, se encuentra en cabeza del Representante legal de la entidad, en este caso, la Directora del ICBF.

EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF", mediante escrito suscrito por el Dr. Edgar LEONARDO BOJACA CASTRO, en calidad de jefe de la Oficina Asesora Jurídica, dentro del término de ley allego vía electrónica al correo del Juzgado, la respuesta, aludiendo que su representada no ha incurrido en ninguna conducta violatoria de la ley o derechos fundamentales de la accionante, pues su actuación se ha ceñido a la normatividad y jurisprudencia vigente.

Afirma que las peticiones de la actora han sido atendidas de manera oportuna y de fondo, así mismo que el ICBF realizó el nombramiento de la primera profesional en la lista de elegibles, en total apego a las normas vigentes existentes para tal fin y que superado el periodo de prueba la profesional en cita cuenta con derechos adquiridos.

Que teniendo en cuenta lo anterior, el proceso para proveer la vacante de la convocatoria 433 de 2016 distinguido como OPEC No. 38903, profesional especializado código 2028 en el que participó la accionante, ya se surtió con el nombramiento y posesión del primer lugar de la lista.

Que de conformidad con el artículo 31 de la ley 909 de 2004, el decreto 1894 de 2012 y la jurisprudencia constitucional (SU-446 de 2011), las listas de elegibles solo pueden usarse para proveer cargos ofertados al momento de la respectiva convocatoria y por tal razón, resulta improcedente acceder a las pretensiones, en cuanto que a partir del uso de la lista de elegibles en la que se encuentra la actora, sea nombrada en una vacante distinta a la ofertada bajo el número OPEC 38903.

Manifiesta que es inaplicable en el presente asunto lo estatuido por la ley 1960 de 2019, dado que rige a futuro, en consecuencia no es posible que con ella se afecten los acuerdos de convocatoria aprobados antes de la entrada en vigor de la ley en mención (27/06/2019), más aún cuando la lista de elegibles en la que se encontraba la accionante (Resolución N° CNSC 20182230040835 del 26 de abril de 2018) cobró firmeza el 9 de junio de 2018.

Acerca de las sentencias proferidas en otros asuntos que involucran los mismos derechos y por casos similares, refiere como inaplicables las aportadas por la accionante y en especial la proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca del 18 de noviembre de 2019, accionante Jessica Lorena Reyes Contreras, radicado 76001333302120190023401, pues solo tiene efectos inter comunis para la lista de elegibles de la OPEC 39958, Cargo Profesional Universitario, código 2044 grado 8, adicionalmente dicho fallo fue proferido antes de que la CNSC modificara su postura sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019, lo cual ocurrió hasta el 16 de enero de 2020. En ese orden de ideas, el efecto inter comunis no es aplicable para este caso en estudio.

Finalmente, y frente al caso de Ángela Cecilia Astudillo Montenegro que también considera respalda sus pretensiones, se aclara que al igual que la anterior, esa decisión aún no ha culminado el trámite de revisión ante la Corte Constitucional. En conclusión, ninguna de las decisiones citadas por la actora constituye precedente judicial, ni debe ser tenida en cuenta para resolver sus pretensiones por diferencia en los fundamentos fácticos que les dieron origen.

En virtud de lo expuesto, pide declarar la improcedencia de la tutela interpuesta por no cumplir los requisitos de relevancia iusfundamental del asunto, subsidiariedad y perjuicio irremediable y que en caso de que la referida acción se estime procedente, solicita subsidiariamente que sea NEGADA, al no advertirse violación de derechos fundamentales por conductas atribuibles a la entidad.

DE LA VINCULADA, ABOGADA CLAUDIA LORENA GORDILLO ARMERO

En escrito que descorrió el traslado, la Abogada vinculada refirió como ciertos los hechos y las circunstancias que rodearon el concurso de méritos, hasta ocupar el primer lugar y ser nombrada en propiedad.

Señala de manera detallada como se cumplió cada etapa del concurso y afirma que ella cumple con los parámetros de este. Finalmente manifiesta haber cumplido con el periodo de prueba con calificación sobresaliente y encontrarse en propiedad en su cargo, por lo que solicita ser desvinculada de la presente acción, pues esta no le vulnera ni amenaza ningún derecho.

PRUEBAS ARRIMADAS AL EXPEDIENTE

Por la parte accionante:

1. Copia del acuerdo No CNSC-20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 por medio del cual se convoca a concurso de méritos para proveer los empleos vacantes de la planta de personal del ICBF.
2. Comprobantes de inscripción a la convocatoria 433 de 2016.
3. Copia de la resolución No 20182020040925 del 26 de abril de 2018 por la cual la CNSC conformó la lista de elegible para proveer 1 vacante del empleo identificado con el Código OPEC No 38903, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, código 2028, grado 17 del sistema general de carrera administrativa del ICBF.
4. Copia de la resolución 20182230156785 de la CNSC que revoca el artículo 4o de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la convocatoria 433 de 2016.
5. Copia de la resolución 6479 del 25 de mayo de 2018
6. Copia de las peticiones vía correo, presentada ante la Dirección de Gestión Humana del ICBF.
7. Copia de la respuesta al derechos de petición a mi persona y a una concursante en donde se proyecta respuesta igual y se da a conocer por qué no se puede hacer uso de la lista de elegible sin que previamente se agoten trámites administrativos y financieros
8. Copia de criterio unificado de la CNSC del 1 de agosto de 2019, sobre utilización de lista de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019.

9. Copia de criterio unificado de la CNSC del 16 de enero de 2020, sobre utilización de lista de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019, que deja sin efecto el criterio anterior.
10. Copia del decreto 1479 de 2017.
11. Copia del fallo No 025 de 28/04/2020 del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, ACCION DE TUTELA Accionante ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO Accionado INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC" Radicado No. 19001310500220 20-00072-00
12. Copia del fallo de tutela de segunda instancia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca del 18 de noviembre de 2019, accionante JESSICA LORENA REYES CONTRERAS, radicado 76001333302120190023401.
13. Con fecha 19 de junio mediante comunicación electrónica, se arrima al proceso el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal para adolescentes con función de conocimiento, quien en sentencia No 029 del 17 de junio de 2020, tutelo los derechos de la Señora OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA.

Por el ICBF:

1. Constancia certificación solicitada por la accionante expedida por el área de Talento Humano.
2. Relación de tutelas interpuestas, similares a la presente.

POR LA CNSC:

1. Resolución No. 4411 de 10 de marzo de 2020, que acredita la personería jurídica para intervenir en nombre de la CNSC.
2. Resolución No. 20182020040925 del 26 de abril de 2018 –
3. Solicitud de inscripción den carrera administrativa del elegible –
4. Criterio unificado de uso de listas. –
5. Solicitud del primero de la lista a inscripción de carrea administrativa –
6. Acuerdo 20161000001376 de fecha 5 de septiembre de 2016

C O N S I D E RA C I O N E S

Competencia

De conformidad a lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, el artículo 1º numeral 1º del Decreto 1382 de 2000 y el Decreto 1983 de 2017, éste

Juzgado es competente para conocer y decidir, en primera instancia, la presente acción de amparo Constitucional.

PROBLEMA JURÍDICO

Dados los presupuestos fácticos atrás anotados, corresponde al Despacho determinar si El INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF" y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC", han vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y al acceso a cargos públicos invocados por la señora ELIUD VELASCO GOMEZ, por omitir tener en cuenta la lista en la que figura en primer lugar, y que hace parte de las listas de elegibles, aún vigentes, conformadas con base en la convocatoria 433 de 2016; para proveer uno de los 591 cargos de carácter permanente, creados por el Decreto 1479 de 2017, y que son iguales al cargo para el que ella concurso, petición que hace teniendo en cuenta que pese a encontrarse en firme las citadas listas, se modificó por disposición normativa posterior, el procedimiento o forma establecido en un inicio, para cubrir las nuevas vacantes que surgieran durante la vigencia de aquellas en los mismos empleos convocados.

Se establecerá igualmente, si la acción de tutela es procedente para dicho reclamo, o si por el contrario no aplica el principio de subsidiariedad, como también si se cumple con el requisito de inmediatez.

NORMAS Y JURISPRUDENCIA APLICABLE AL CASO

Para la solución del anterior problema jurídico el Juzgado abordará en primer término la normativa y jurisprudencia aplicable al caso en cuestión, para con base en el material jurídico y las pruebas obrantes en la actuación, definir la procedencia o no del amparo solicitado.

NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION DE TUTELA

De acuerdo con el art. 86 de la Constitución Política, toda persona podrá acudir a la acción de tutela para reclamar la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, y procederá contra toda acción u omisión de las autoridades, o particulares según se trate, siempre que "el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

A su vez el art. 6 del Decreto 2591 de 1991, confirma la naturaleza residual de la acción de tutela y sus condiciones de procedencia, cuando existe un mecanismo ordinario de defensa, e indica que la eficacia de dichos recursos debe ser apreciada en concreto, "atendiendo las circunstancias en que se

encuentra el solicitante", en consecuencia es la acción de tutela un medio judicial de defensa subsidiario y residual, que se utiliza cuando el ordenamiento jurídico no cuenta con otros mecanismos de defensa o protección de los derechos o cuando existiendo, se acude a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

LA ACCION DE TUTELA PARA CONTROVERTIR ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS EN EL MARCO DE CONCURSOS DE MÉRITOS

Atendiendo a la condición subsidiaria y residual de la acción de tutela la Corte Constitucional en sentencia T -090 de 2013, concluye que ésta es improcedente como mecanismo principal y definitivo, cuando en el marco de un concurso de méritos se surten actuaciones o se expiden actos administrativos que amenacen o vulneren derechos fundamentales, esto ante la existencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el que es factible solicitar como cautela la suspensión del acto, de ahí deviene los factores referidos supra que rigen esta acción constitucional.1.

No obstante, la Jurisprudencia Constitucional, precisa dos subreglas por las que no obstante el carácter subsidiario de la acción de tutela, la habilita para ser utilizada de la siguiente manera:

(i) *cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y*

(ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que, en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.

La subregla enunciada en (ii) es aplicada por la Corte para casos en los cuales los actores de las acciones de tutela ocupan el primer lugar en la lista de elegibles y se ha omitido su nombramiento para el cargo público al cual han concursado.

CONVOCATORIA COMO NORMA REGULADORA DEL CONCURSO DE MÉRITOS

La convocatoria es *"la norma reguladora de todo concurso de méritos y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la*

1 Sentencia T-090 DE 2013.MP Luis Ernesto Vargas Silva

realización del concurso y a los participantes", por ende impone las reglas que son obligatorias para quienes en ella intervienen, entiéndase administración y administrados-concursantes, por lo tanto, contiene los parámetros que guiarán el proceso, así quienes participan en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento.

La Corte Constitucional ha considerado, que es el Estado quien debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imprimen a las convocatorias, pues su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, **la transparencia, la publicidad, la imparcialidad**, (resaltado del Juzgado) 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[2].

DERECHO A LA IGUALDAD, AL ACCESO Y AL EJERCICIO DE CARGOS PUBLICOS

El artículo 40 de la Constitución Política consagra que "Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. En aras de tornar efectivo este derecho puede:

(…) 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Por su parte, el artículo 13 establece que "*Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas*

2 Sentencia SU - 446 del 26 de 2011. M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan".

En el marco de un concurso de méritos, el derecho a la igualdad adquiere una connotación especial, esto en desarrollo de lo estatuido por el artículo 40 de la norma superior, pues todo ciudadano tiene derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, de manera que debe garantizarse que quienes participan en un concurso tengan las mismas oportunidades para acceder al cargo ofertado, solo así se puede asegurar la transparencia que debe acompañar este tipo de procesos, para finalmente cumplir el objetivo que es elegir a la persona mejor capacitada para desempeñar el cargo3.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

Nuestra Constitución Política en su artículo 29 consagra el debido proceso, que deberá estar inmerso en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Al respecto la corte ha definido jurisprudencialmente el debido proceso administrativo como: *"(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca "(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados*"4.

CASO EN CONCRETO

La señora ELIUD VELASCO GOMEZ interpone acción de tutela en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF" y de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC" a fin de que se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso cargos públicos, y en consecuencia se ordene a las accionadas realizar los trámites administrativos que den cumplimiento a los arts. 6° y 7° de la ley 1960 de 2019 para que de conformidad con el registro de elegibles contenido en la Resolución No 20182020040925 del 26 de abril de 2018, en el que ocupa actualmente el primer lugar, y en consecuencia en uso de su derecho sea nombrada en el cargo Código OPEC N° 38826 PROFESIONAL

3 Sentencia T-227 de 2019, M.P Carlos Bernal Pulido.
4 Sentencia T-051 de 2016. M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

UNIVERSITARIO, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa, con ocasión de las 591 vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017.

Al interior de la presente acción, la actora probó su participación en el concurso de selección, pues así se deriva de los documentos aportados, al igual que de las respuestas emitidas por la CNSC y el ICBF, y que a la fecha se encuentra en primer lugar para el cargo denominado OPEC 38903, Código 2028 Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF", según se verifica en la Resolución N° CNSC - 2018202040925 del 26 de abril de 2018, De igual manera se encuentra probado el nombramiento de la primera persona de la lista, Dra. CLAUDIA LORENA GORDILLO ARMERO, quien en la actualidad se encuentra desempeñando el cargo, de igual manera se ha verificado que la vigencia de dicho registro de elegibles es de dos años y que para el presente caso fenece el 27 de junio del presente año*(teniendo en cuenta que la lista de elegibles tiene vigencia de 2 años, contados a partir del 09 de mayo de 2018, cuando quedaron en firme, hasta el 08 de mayo de 2020, los cuales con ocasión de la emergencia sanitaria por cuenta del COVID, se interrumpieron el 24 de marzo del presente año y se reanudaron el 11 de mayo, lo que ubica el extremo final de la vigencia el día 27 de junio del presente año).*

Ahora bien, el ICBF, mediante Decreto 1479 de 2017, "*Por medio del cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Cecilia de la Fuente de Lleras, y se dictan otras disposiciones.*", creo 591 vacantes a nivel nacional homologas al cargo para el que concurso la accionante, evento que a su decir abre la opción para poder acceder a uno de ellos, pero que no ha sido posible ante la renuencia del ICBF para dar cumplimiento a la ley.

La Ley 1960/2019 que modificó la Ley 909/2004, generó controversia en uno de sus artículos acerca de la aplicación para la lista de elegibles, es entonces bajo estas circunstancias que la CNSC decide unificar criterios sobre tal aspecto, disposición que a la fecha se utiliza como medio de defensa por las accionadas, en tanto se asegura que sus efectos son a futuro y de ninguna manera serán retroactivos.

Como quiera que el presente asunto es de relevancia constitucional y que adicional a ello se han interpuesto numerosas acciones en otros Despachos, las cuales han sido referidas por la actora en aras de reforzar su petitorio, debe este estrado tomar en consideración la dimensión de los derechos que invoca la accionante, pues en ellos descansan las aspiraciones de muchas personas que luego de someterse a extensos procesos de selección y encontrándose en lista de elegibles, cuentan con una expectativa de ser

tomados en cuenta una vez se genere la oportunidad, todo lo anterior tiene como fin la búsqueda de los mejores perfiles para los cargos que por meritocracia se ofertan, lo cual deviene en reforzar la estructura del Estado, pues al margen de cualquier consideración subjetiva, que es el común denominador en muchas de las instituciones estatales, el ejercicio transparente de los procesos de selección va a permitir contar con personas de indiscutible capacidad.

Es así como esta judicatura al analizar el presente asunto debe apuntar a la materialización de los derechos contenidos en la norma superior, para no convertir en retórica su contenido y esto por cuanto del análisis de las pruebas se puede establecer que no han sido pocos los tropiezos del concurso superado por la señora VELASCO GOMEZ , pues a lo largo el mismo se ha visto afectado por la interpretación de las normas en él contenidas o por la omisión del ICBF para realizar lo de su cargo, esto por cuanto no obstante el escrito previo a la presente acción elevado por la actora a la institución en cita y para cuya resolución, la encartada utilizó por decirlo de alguna manera un "formato" que no respondió de fondo las inquietudes de la peticionaria, limitándose a informarle lo que ella ya sabía, que no era otra cosa que el nombramiento de la primera de la lista y a manifestarle que para el cargo que ella había concursado no se encontraba disponible ninguna vacante, sin referirse en manera alguna a las vacantes creadas en el año 2017, mismas a las que la CNSC, en su respuesta de tutela, de manera puntual señala. *"de existir dicha vacante el ICBF deberá registrarlas en SIMO y expedir el correspondiente Certificado de Disponibilidad Presupuestal y solicitar a la CNSC el uso de listas con cobro, para que esta proceda a autorizar dicho uso y se provean definitivamente las vacantes existentes",* lo anterior bajo el entendido que con los resultados de las pruebas la CNSC o la entidad contratada, por delegación de aquella, debe elaborar en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años, para así cubrir las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad".

Manifiesta en su respuesta el representante de la CNSC, que hasta el momento no existe solicitud de uso de Listas de Elegibles por parte del ICBF, para proveer vacantes del empleo ofertado con el No. OPEC 38903.

Revisado el Decreto 1479 de 2017, al referirse a la planta global del ICBF entre los cargos a crear se contemplan 591 cargo para profesional especializado Código 2028 Grado 17, es decir igual al cargo para el que concurso la señora VELASCO GOMEZ, debía entonces el ICBF, en acatamiento a las normas proceder de conformidad y dar aplicación a la lista de elegibles, la cual no es otra cosa que el resultado de un concurso de méritos, mas exactamente la convocatoria 433 de 2016 y que para el

momento de la interposición de la presente acción se encuentra vigente, como ya se ha explicado ampliamente y esto por cuánto se ha esgrimido por parte de las encartadas que la petición esta por fuera de término.

Ahora bien, resuelto el aspecto anterior se debe analizar si se cumplen los presupuestos de inmediatez y subsidiariedad, o si contando con otro medio de defensa, este no es útil ante la inminencia de un perjuicio irremediable.

Respecto de la inmediatez se tiene que la actora propuso la acción dentro de un término razonable, atendida la cronología de la secuencia normativa, en especial, cuando dada la interpretación suscitada por la forma de aplicación de Lista de elegibles, la CNSC emitió un primer criterio orientador que, incluso el Tribunal Administrativo del Valle en la tutela que dirimió, no aplicó por inconstitucional pues tal como lo expreso acertadamente, tal criterio desconoce por completo la norma superior al considerar que: " *El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado*"[5], adicionalmente la actora el 16 de marzo en defensa de sus derechos elevó petición al ICBF, misma que fue contestada el 20 de abril del presente año.

Acerca de la subsidiariedad, como se refirió líneas atrás, nuestro ordenamiento contempla en la Jurisdicción Contencioso administrativo como defensa el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pero que para el caso puntual y dada nuestra situación actual de emergencia sanitaria, no es posible acceder a dicho medio por cuenta del cierre de Despachos y atención de algunos casos puntuales determinados por el Consejo Superior de la Judicatura, entre los cuales no se cuenta el referido, adicionalmente y ante la inminente expiración de la vigencia de las listas de elegibles (27 de junio de 2020), poco o nada quedaría por hacer si se toma en cuenta que las labores judiciales se retoman el primero de julio del presente año, configurándose así el perjuicio irremediable.

De otro lado y en relación con los argumentos de las encartadas, respecto de la no retroactividad de la Ley 1960 de 2019, debe indicarle, que pese a que la actora también alude a similar posibilidad, al considerar que es la ley 1960 de 2019 (arts. 6 y 7) el referente normativo de su reclamo, cuando señala que bajo este nuevo régimen puede ser utilizado en su caso, en el punto que consagra que con las listas de elegibles *y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con*

5 Sentencia T180/2015 MP Jorge Iván Palacio Palacio

posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad…" (subrayas del juzgado), para el despacho no hay necesidad de acudir a esta discusión, como quiera que es con base en el mismo criterio unificado del CNSC del 16 de enero de 2020, sobre la utilización de la lista de elegibles en el contexto de la ley 1960/2019, que se abre paso la pretensión de la accionante, ya que bajo dicha pauta las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019 deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera OPEC de la respectiva convocatoria y **para *cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, entiéndase, con igual denominación, código grado…"*** (resaltado del juzgado), que para el caso que nos ocupa encaja perfectamente, si se toma en cuenta que aunque la accionante concurso en 2016 para una cargo denominado Código 2028 Grado 17, y que para el momento de la convocatoria solo existía un cargo bajo esa denominación, mismo que fue asumido por la primera de la lista, Dra. CLAUDIA LORENA GORDILLO ARMERO, también lo es que mediante Decreto 1479 de 2017, al referirse a la planta global del ICBF, se crearon 591 cargos para profesional especializado, Código 2028, Grado 17, es decir corresponde a los mismos empleos por el cual concurso ELIUD VELASCO GOMEZ y aunque su surgimiento es posterior, es claro que se trata de nuevas vacantes, como lo señala el ultimo criterio unificador, donde aún no se convoca a concurso de méritos para tal fin, en consecuencia deberá darse aplicación al criterio en comento, pues la accionante en este momento es la primera de la lista para un cargo de igual denominación a los 591 que se encuentran vacantes.

Lo contrario, sería contrariar la norma superior que impone el respeto al debido proceso, al derecho de la accionante de acceder al empleo público por el sistema del mérito, que dicho sea de paso tiene rango constitucional (art. 125), desconociéndose de paso el principio de favorabilidad en términos del art. 53 de la norma superior, y el principio de confianza legitima.

Igualmente se debe tener en cuenta que el registro de elegibles, como acto administrativo, tiene como finalidad, establecer la forma y términos de provisión para los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración y los participantes, su desconocimiento acarreará consecuencias adversas a quienes así lo hagan.

Adicional a lo ya expuesto el Despacho en refuerzo de su tesis acoge los expuestos en tutelas de iguales características, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca con fecha 18/11/2019, decisión que revocó la emitida por el Juzgado veintiuno administrativo oral de Cali -en contra de las mismas accionadas, decisión que amparó el derecho de los tuteantes quienes hacen parte del registro de elegibles,

contenido en la Res. CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018, pues independientemente del cambio posterior de criterio del CNSC de fecha 26 de enero de 2020 y la ausencia del efecto inter comunis al que alude la parte pasiva de esta acción, importa es el significado y alcance que la Corte Constitucional fija respecto de los derechos fundamentales en situaciones similares, como es el caso sub lite, donde los supuestos fácticos analizados comparten aspectos parecidos, asi mismo la Sala Laboral del Tribunal Superior de Popayán en reciente providencia de 09/06/2020, confirmó la decisión fechada 28/04/2020 proferida por el Juzgado Segundo Laboral de esta ciudad, radicado No. 19001310500220200007 2, propuesta por Ángela Cecilia Astudillo Montenegro en contra del ICBF y la CNSC, desatiende así esta judicatura los argumentos de la encartada ICBF, que expuso acerca de los fallos aludidos, que los mismos no pueden considerarse precedente al no haber sido objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional, sin tomar en cuenta que las decisiones referidas al igual que la presente tienen como apoyo la amplia jurisprudencia que sobre el tema que nos ocupa tiene el órgano de cierre Constitucional.

Ahora, pese a que la accionante no invocó, entre los derechos pretermitidos, el de petición, observa el Despacho que este se encuentra vulnerado por parte del ICBF, al no haber ofrecido una respuesta clara y de fondo a la petición presentada por la interesada el 16 de marzo de 2020, aunque revisada la postura del ICBF en la presente acción, deja prevenir que la misma será negativa, por lo que este Despacho procederá a amparar los derechos fundamentales invocados por ELIUD VELASCO GOMEZ y en consecuencia se ordenará al ICBF que dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes de notificada esta decisión, proceda a registrar las vacantes creadas con el Decreto 1479 de 2017 y respecto del registro de elegibles contenido en la Resolución 20182020040925 del 26 de abril de 2018, cargos Código OPEC N° 38903 denominado Profesional especializado, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF, en el SIMO y expida el correspondiente Certificado de disponibilidad presupuestal, solicitando a la CNSC el uso de listas con cobro, sin que pueda exceder de ocho días calendario.

La CNSC una vez el ICBF cumpla con lo anterior, procederá a elaborar y autorizar el uso de la lista de elegibles dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento para optar y una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los cinco (5) días siguientes al ICBF que deberá nombrar a la aspirante dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo de las listas, observando en todo caso el estricto orden de mérito.

Es menester recalcar a las accionadas, que su actuar debe estar revestido de total diligencia y coordinación, en tanto la lista de elegibles para el presente caso, tenía en principio como fecha de vencimiento el 8 de junio de 2020, teniendo en cuenta que la lista de elegibles en la que se encuentra la

actora, cobro firmeza el 9 de mayo de 2018 ; sin embargo dicho vencimiento por efectos de la suspensión de términos adoptada por la CNSC[6], se corrió hasta el 27 de junio del año en curso, como quiera que la suspensión comprendió en total 48 días, contados entre el 24 de marzo hasta el 10 de mayo de 2020, reanudándose los términos el día 11 de este mismo mes.

Finalmente se ordenará la desvinculación de la Dra. CLAUDIA LORENA GORDILLO ARMERO en tanto en el escrito que descorrió la presente acción de tutela, manifestó que la misma no afecta derecho alguno, por cuanto a la fecha se encuentra ejerciendo su cargo en propiedad.

Sin más consideraciones, el Juzgado Segundo de Familia,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la señora ELIUD VELASCO GOMEZ consagrados en los artículos 29, 13, 53 y 125 de la Constitucion Nacional, acorde a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al ICBF que dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de esta decisión, proceda a registrar las vacantes creadas con el Decreto 1479 de 2017 y respecto del registro de elegibles contenido en la Resolución 20182020040925 del 26 de abril de 2018, cargos Código OPEC N° 38903 denominado Profesional especializado, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF, en el SIMO y expida el correspondiente Certificado de disponibilidad presupuestal, solicitando a la CNSC el uso de listas con cobro, sin que pueda exceder de ocho días calendario.

TERCERO: ORDENAR A LA CNSC que una vez el ICBF cumpla lo dispuesto en el numeral anterior, proceda a elaborar y autorizar el uso de la lista de elegibles dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento para optar y una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los cinco (5) días siguientes al ICBF que deberá nombrar a la aspirante dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo de las listas, observando en todo caso el estricto orden de mérito.

---

6 La CNSC mediante resolución 4970 del 23 de marzo de 2020, y sus prórrogas contenidas en las Resoluciones, 5265 del 13 de abril, 5804 del 24 de abril, 5936 del 8 de mayo y resolución 6264 del 22 de mayo, todas ellas del presente año, suspendió los términos en las actuaciones administrativas de su competencia, salvo las excepciones allí contenidas, y reanudó los términos en relación a los trámites y asuntos como el que nos ocupa, a partir del 11 de mayo de 2020 en la resolución 5936 ya citada.

CUARTO: DESVINCULAR de la presente acción al a Dra. CLAUDIA LORENA GORDILLO ARMERO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: NOTIFÍQUESE a las partes la presente decisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 5 del Decreto 306 de 1.992.

SEXTO: REMITIR a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LA JUEZ,

BEATRIZ M. SANCHEZ PEÑA
(Sentencia de Tutela No. 27-23/06/2020)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA CIVIL FAMILIA

MAGISTRADO PONENTE: MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES

Popayán, seis (06) de agosto de dos mil veinte (2020).

ASUNTO A TRATAR

De forma primigenia se advierte que mediante auto del 30 de julio de los corrientes la H. Magistrada DORIS YOLANDA RODRIGUEZ CHACÓN dispuso la remisión de la presente acción al despacho del suscrito Magistrado Ponente, en razón a que el proyecto de fallo presentado, fue derrotado por la Sala de decisión. En ese orden se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 10 del Acuerdo No. PCSJA17-10715 del 25 de julio de 2017 y se procede a decidir la impugnación presentada el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, contra el fallo proferido el 23 de junio de 2020, por el JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DE POPAYÁN dentro de la acción de tutela de la referencia.

LA ACCIÓN PLANTEADA

Se solicita acceder al amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos; en consecuencia, se ordene al ICBF y a la CNSC, hacer uso de la lista de elegibles contenida en la Resolución No 20182020040925 del 26 de abril de 2018, y, se expida el acto administrativo que nombre a la accionante en carrera administrativa, en una de las 591 vacantes definitivas que fueron creadas para el cargo en el cual concursó.

SUSTENTO FÁCTICO

En sustento de sus pretensiones, la accionante expuso los hechos que se sintetizan a continuación:

Mediante Acuerdo 20161000001376 se adelantó la Convocatoria No. 433 de 2016, para proveer 2.470 empleos pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF.

La señora VELASCO GÓMEZ se inscribió para el empleo identificado con el código OPEC No 38903, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, código 2028, grado 17 del sistema general de carrera administrativa del ICBF con ubicación geográfica y puesto de trabajo en la Regional Cauca.

Mediante Resolución No 20182020040925 del 26 de abril de 2018 la CNSC, conformó la lista de elegibles correspondiente, ocupando el segundo lugar. Posteriormente, por medio de la Resolución No 6479 del 25 de mayo de 2018, el ICBF, nombra en periodo de prueba, y posesiona, a la profesional CLAUDIA LORENA GORDILLO ARMERO quien ocupó el primer lugar en la lista, razón por la que, para este momento, VELASCO GOMEZ se ubica en el primer lugar; sin que hasta la fecha haya sido nombrada.

Lo anterior, pese a que mediante Decreto 1479 de 2017 (Por medio del cual se suprime la planta de personal de carácter provisional y se modifica la planta de personal de carácter permanente del ICBF), se crearon 591 cargos de carácter permanente cuya denominación es la de "*Profesional Especializado Código 2028, grado 17*", es decir, cargos iguales a aquél por el cual concursó.

Expresa, que su falta de nombramiento obedece a la aplicación que las accionadas dicen impartir a lo dispuesto en la Resolución 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, el criterio unificado expedido por la CNCS el 16 de enero de 2020, y, lo regulado en la

Ley 1960 de 2019 que modificó la 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998.

Subraya que antes de acudir a la presente acción radicó derechos de petición vía correo electrónico en fechas 06 de julio de 2018 y 13 de noviembre de 2019, sin obtener respuesta, existiendo clara vulneración a sus garantías fundamentales.

Exalta que sobre el tema materia de controversia ya existen diversos pronunciamientos judiciales (Sentencia No 025 del 28 de abril de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, Radicado No. 19001310500220 20-00072-00, Sentencia del 18 de noviembre de 2019 emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso radicado con el No 20190023401) en los que se accedió al amparo rogado.

Finalmente agrega que la CNSC por medio de las Resoluciones No. 4970 del 24 de marzo de 2020 y 5936 del 8 de mayo de 2020, suspendió los trámites administrativos relacionados con los concursos de mérito, suspensión que obró desde el día 24 de marzo, hasta el 11 de mayo de 2020, fecha en la que se reanudaron los trámites; en consecuencia, la lista de elegibles para su cargo y contenida en la Resolución No 20182020040925 del 26 de abril de 2018 la CNSC, no ha expirado al momento de interponer la acción de tutela.

LA RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS Y VINCULADAS

La **Comisión Nacional del Servicio Civil**, por intermedio de su Asesor Jurídico, manifiesta que la acción de tutela impetrada es improcedente atendiendo el principio de subsidiariedad que le es propio a la acción constitucional.

Refiere, que consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles - BNLE, se constató que mediante Resolución No. CNSC - 20182020040925 del 26 de abril de 2018 la CNSC conformó la lista de elegibles para proveer solo una (1) vacante del empleo No. 38903 denominado

Profesional Universitario, código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF, proceso en el que la accionante ocupó el 2 lugar y, por ende, no fue nombrada. Advirtió, que la lista venció el 08 de mayo de 2020, razón por la cual, la demandante contó con 2 años para iniciar las actuaciones pertinentes, sin embargo, sólo al vencerse la lista recurre a la acción de tutela.

Aclara, que esa entidad carece de competencia respecto de nombramientos, posesiones y demás generalidades de la administración de la planta de personal, toda vez que conforme con el Decreto 1083 de 2015, esa facultad únicamente está en cabeza de los representantes legales o delegados de las entidades.

En relación a la posibilidad de utilizar la lista de elegibles en empleos cuya vacancia definitiva surgió con posterioridad a la aprobación del Acuerdo de la Convocatoria, explica que existe sólo para empleos iguales, es decir, con la misma denominación, código, grado, funciones, propósito y ubicación geográfica, previa solicitud por parte de la entidad cancelando el costo previsto en la Resolución No. 0552 del 21 de marzo de 2014, y reporte de la OPEC en SIMO, de conformidad con lo expuesto en la Circular Conjunta Nro. 20191000000117 del 29 de julio de 2019, para luego proceder a verificar las listas vigentes, que cumplan con las características del empleo solicitado, y así proceder a autorizar los nombramientos en periodo de prueba siempre que les asista derecho por estricto orden de mérito; solicitud que no fue realizada por el ICBF durante la vigencia de la Lista de Elegibles que fue conformada mediante la Resolución No. CNSC-20182020040925 del 26 de abril de 2018.

En su criterio, no es válido el argumento que busca amparar derechos fundamentales basado únicamente en que es procedente aplicar la Ley 1960 de 2019, toda vez que con anterioridad a dicha normatividad, el uso de listas de elegibles estaba zanjado por la Ley 909 de 2004, el Decreto 1894 de 2012, el Decreto 1083 de

2015, la reiterada jurisprudencia de unificación de la Corte Constitucional y el marco regulatorio fijado en el Acuerdo de la Convocatoria 426, y en ese sentido, acceder a las pretensiones de la acción de tutela atentaría contra el ordenamiento jurídico que se aplicó al convocar el concurso de méritos, en resumen, porque es imposible hacer uso de listas de elegibles para plazas o vacantes diferentes a las inicialmente ofertadas.

El **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**, por intermedio del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, manifiesta que la acción impetrada es improcedente al existir medios ordinarios para controvertir los actos administrativos que dan origen a la solicitud de amparo.

Explica que de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 el cual se encontraba vigente al momento de abrir la convocatoria, el Decreto 1894 de 2012 y la jurisprudencia constitucional (Sentencia SU-446 de 2011), las listas de elegibles fueron utilizadas para proveer únicamente las vacantes ofertadas en la Convocatoria.

Insiste que sólo hasta el 16 de enero de 2020, la CNSC, como órgano rector de la carrera administrativa, emitió el criterio unificado sobre "*uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019*", en virtud del cual se hará uso de las listas conforme a la mencionada Ley para aquéllos casos en los que proceda, indicando, "*que para el empleo Profesional Especializado, Código 2028, Grado 17 OPEC (38903) ofertado dentro de la Convocatoria 433 de 2016, para la cual participó la accionante …, "NO existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC, por cuanto se trata de un cargo que no tiene vacantes disponibles en la ubicación geográfica y perfil para los que se presentó*"[1].

[1] Sobre este aspecto insiste en documento denominado "*alcance de la impugnación*", presentado en la fecha.

La señora **Claudia Lorena Gordillo Armero**, luego de realizar un relato de la forma en que se llevó a cabo su nombramiento en propiedad, solicita su desvinculación de la presente acción.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado Segundo de Familia de Popayán**, mediante providencia del 23 de junio de 2020, concedió el amparo suplicado. En consecuencia, ordenó "*al ICBF que dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de esta decisión, proceda a registrar las vacantes creadas con el Decreto 1479 de 2017 y respecto del registro de elegibles contenido en la Resolución 20182020040925 del 26 de abril de 2018, cargos Código OPEC N° 38903 denominado Profesional especializado, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF, en el SIMO y expida el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal, solicitando a la CNSC el uso de listas con cobro, sin que pueda exceder de ocho días calendario*", así mismo, ordenó a la CNSC "*que una vez el ICBF cumpla lo dispuesto en el numeral anterior, proceda a elaborar y autorizar el uso de la lista de elegibles dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento para optar y una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los cinco (5) días siguientes al ICBF que deberá nombrar a la aspirante dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo de las listas, observando en todo caso el estricto orden de mérito*".

Lo anterior, luego de considerar cumplidos los requisitos de subsidiariedad e inmediatez. Explicó además, que el Decreto 1479 de 2017, contempla entre los empleos a crear, 591 cargos para profesional especializado Código 2028 Grado 17, es decir, igual al cargo para el que concurso la accionante, por lo que debía el ICBF, acatar las normas y proceder de conformidad dando aplicación a la lista de elegibles de la convocatoria 433 de 2016, que para el momento de la interposición de la presente acción se encuentra vigente, dado que el registro fenece el 27 de junio de 2020 (2 años, contados desde el 9 de mayo de 2018,

expiran el 8 de mayo de 2020, pero con ocasión de la emergencia sanitaria los términos se interrumpieron del 24 de marzo de 2020 al 11 de mayo de 2020, siendo el extremo final de vigencia el 27 de junio de 2020).

Considera innecesario agotar la discusión relativa a la aplicación en el tiempo de la Ley 1960 de 2019, como quiera que con base en el mismo criterio unificado de la CNSC proferido el 16 de enero de 2020, "*se abre paso la pretensión de la accionante*", si bien, para el momento de la convocatoria sólo existía un cargo, asumido por la primera de la lista, CLAUDIA LORENA GORDILLO ARMERO, también lo es que **mediante Decreto 1479 de 2017, se crearon 591 cargos para profesional especializado, Código 2028, Grado 17, que corresponde al mismo empleo para el cual concurso la actora**, y aunque su surgimiento es posterior, es claro que se trata de nuevas vacantes, como lo señala el ultimo criterio unificado de la CNSC, para las cuales aún no se convoca a concurso de méritos, por lo que corresponde dar aplicación al criterio en comento, pues la accionante en este momento es la primera de la lista para un cargo de igual denominación a los 591 que se encuentran vacantes.

LA IMPUGNACIÓN

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, impugnó el fallo, tras considerar equivocada la decisión adoptada por la A Quo.

Agrega, que esa entidad no se opone al uso de la lista de elegibles en aplicación del artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, pero para ello, es necesario seguir el procedimiento establecido en el "*Criterio Unificado del 16 de enero de 2020*", emitido por la CNSC y la reglamentación pertinente, tal y como se ha venido adelantando por parte del Instituto, es decir, que en la provisión de las vacantes creadas por medio del Decreto 1479 de 2017 y distribuidas mediante Resolución 7646 del 5 de septiembre de 2017 "*Por medio de la cual se distribuyen unos cargos de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras*", deben ser

aplicados los criterios objetivos de distribución que correspondan a los "*mismos empleos"*, entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, criterios que el proceso de selección son identificados con un número de OPEC.

Que según el informe emitido por la Dirección de Gestión Humana, en el ICBF en la actualidad, NO existen vacantes definitivas en la Regional Cauca que cumplan con los parámetros establecidos en el Criterio Unificado de la CNSC expedido el 16 de enero de 2020, en relación con la OPEC 38903, hecho aunado a que existen medios de control en la jurisdicción contenciosa para zanjar las discusiones aquí debatidas. En consecuencia, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se declare improcedente la petición de amparo, por no cumplir los requisitos de procedencia y no existir un perjuicio irremediable para la accionante.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA: De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para conocer en segunda instancia de la presente acción de tutela, por ser el superior jerárquico del Juzgado que dictó la sentencia en primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO: Según la situación fáctica arriba precisada, la Sala establecerá si debe revocarse la decisión adoptada por la A Quo, mediante la cual, accedió al amparo suplicado.

Al anterior interrogante se responde en forma negativa y por lo tanto, la providencia impugnada será confirmada, bajo la aclaración que más adelante se expondrá. A dicha conclusión se arriba de acuerdo con las siguientes razones:

PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN MATERIA DE CONCURSOS DE MÉRITOS.

Frente al tema, ésta Corporación resalta, que la Corte Constitucional ha establecido en su precedente jurisprudencial, que en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, es procedente la acción constitucional, pese a la existencia de acciones ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, que, ha concluido, no ofrecen generalmente la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y el acceso a los cargos públicos.

Dicha línea se ha expuesto, en las Sentencias T 315 de 1998, SU 133 de 1998, T 425 de 2001, SU 613 de 2002, T 484 de 2004, T 319 de 2014, T 168 de 2018, entre otras, determinando que la tutela se habilita por excepción, entre otros, para aquellos casos en los que la persona afectada en aras de defender eficazmente sus derechos, se ve obligada a acudir a ella, pues de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados sus derechos fundamentales. Así, pese a existir aspectos legales o reglamentarios, que, en principio, deben ser definidos por el Juez Contencioso Administrativo, hay casos en los que las circunstancias determinadas, concretan su procedencia.

Sobre este tópico, la Corte ha expresado:

> *(…) Resulta claro que la demandante, no tiene la calidad de funcionaria de carrera, lo cual le permitiría como titular de unos derechos de raigambre constitucional ser beneficiaria de la aplicación de ciertas prerrogativas para atenuar la carga de las medidas de reestructuración del Estado en la eventualidad específica de la supresión del cargo. Sin embargo, al impedírsele el derecho legítimo que tiene a ser nombrada en el cargo para el cual participó dentro de un concurso de méritos y en el que obtuvo el primer lugar, amerita la intervención del juez constitucional con el fin de contrarrestar la vulneración de sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo, toda vez que la acción de tutela se erige*

como el único mecanismo que hace posible una protección eficiente de los mismos"[2].

CASO CONCRETO:

En el *sub examine* conforme a los presupuestos fácticos que rodean la acción y la prueba documental arrimada por la accionante, los accionados y la vinculada, se encuentra probado lo siguiente:

-La señora ELIUD VELASCO GOMEZ se inscribió en la Convocatoria No. 433 de 2016 para la provisión de cargos pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal de ICBF, concursando en el empleo denominado "*PROFESIONAL ESPECIALIZADO"*, Código 2028, Grado 17, OPEC No. 38903 con ubicación geográfica en la Regional Cauca, concurso adelantado por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

-Posteriormente, mediante Resolución No. CNSC – 201820200040925 del 26 de abril de 2018, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL resolvió conformar la Lista de Elegibles "*para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el código OPEC No. 38903, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, con Código 2028, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF*"; lista en la que la señora ELIUD VELASCO GOMEZ, ocupó el segundo lugar con un puntaje de 74.53.

-La citada lista de elegibles se conformó con 2 personas, siendo nombrada la primera en la lista: señora CLAUDIA LORENA GORDILLO ARMERO.

-La aludida Resolución, estableció su artículo 4° que "*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 pueden cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de*

[2] Sentencia T 402 de 2012

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".

-No obstante, la disposición contenida en el referido artículo 4, se dejó sin efectos a través de la Resolución No. CNSC – 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, teniendo en cuenta que "*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 ibidem*".

-En forma ulterior a la expedición del Acuerdo que citó al concurso, se expidió el Decreto 1479 de 2017, mediante el cual fueron creados para el cargo de Profesional Especializado, Código 2028, Grado 17, un total de 591 empleos. (Denominación, código y grado iguales al cargo en el que concursó la accionante).

-Para el año 2019, se expidió la Ley 1960 de 2019, disposición normativa que en su artículo 6°, modificó el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en los siguientes términos: "*Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad*".

-En virtud a los ordenamientos contenidos en dicha Ley y con el propósito de dar alcance a la misma, la CNSC el 16 de enero de 2020, expidió Criterio Unificado para el "*Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019*", expresando: "*En virtud de los apartes jurisprudenciales en cita y teniendo en cuenta que el concurso está integrado por diferentes actos administrativos iniciando con el de*

convocatoria al proceso de selección y culminando con el de evaluación del periodo de prueba, se concluye que las convocatorias para proveer vacantes definitivas de empleos de carrera, iniciadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, deberán agotar el procedimiento conforme a las reglas previamente establecidas en la convocatoria y en las normas que le sirvieron de sustento, con el fin de garantizar seguridad jurídica a las entidades y a los aspirantes.

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

De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas qua sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos qua integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los 'mismos empleos' entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un numero de OPEC".

-En el contexto anterior, considera la Sala que, en principio, el fondo del debate suscitado escaparía a la órbita de decisión de los jueces constitucionales en sede tutela, al ser un asunto susceptible de ser ventilado y resuelto por el Juez Natural. Lo anterior, porque la solicitud de amparo en esencia, plantea la aplicación al caso concreto de la Ley 1960 de 2019, bajo una interpretación más beneficiosa para la accionante; mientras que las accionadas mantienen la

posición relativa a que debe ser prevalente al acto administrativo que determinó las reglas del concurso, reglas que, en su criterio, no permiten usar la lista de elegibles para un número de cargos no ofertados, esto es, un uso extensivo de la lista.

-No obstante, tal como lo planteó la A Quo, este caso permite ser estudiado de fondo, en razón a que la lista o registro de elegibles es un acto administrativo de carácter particular que tiene por disposición legal, una vocación transitoria atendiendo su vigencia específica en el tiempo, vigencia que en el *sub lite* expiraba el 27 de junio de 2020, fecha para la cual la accionante había recurrido a la solicitud de amparo y la Jueza de primera instancia había impartido la orden impugnada, recurso que por disposición legal no impedía su obedecimiento. (Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991).

-La expiración del plazo se ubica en la fecha mencionada porque nada controvirtieron las accionadas frente a la suspensión de términos en los procesos de selección liderados por la CNSC, con ocasión a la emergencia sanitaria generada por COVID 19, y, en el infolio reposan los actos administrativos que en acatamiento a las medidas de aislamiento preventivo decretadas por el Gobierno Nacional, ordenaron dicha suspensión (v.g. Resolución 4970 de 2020 "Por medio de la cual la CNSC adopta medidas transitorias para prevenir y evitar la propagación de COVID 19"[3], Resolución 5936 del 8 de mayo de 2020[4] por medio del cual se reanudan términos), razón por la que no es de recibo sin analizar este aspecto, acoger la simple afirmación de la parte pasiva, relativa a que la lista expiró en el mes de mayo de los corrientes.

[3] El artículo 1 de dicho decreto dispone: "Suspender los cronogramas y términos en los procesos de selección que adelanta la CNSC, incluidos aquellos atinentes a las reclamaciones, solicitudes de exclusión, expedición de listas y firmeza individual y general de listas, a partir del 24 de marzo y hasta el 13 de abril de 2020

[4] El artículo 2 de ese decreto ordena "… Reanudar a partir del 11 de mayo de 2020, los demás trámites administrativos y de vigilancia de la carrera administrativa de competencia de la CNSC…"

-Lo anterior resta idoneidad al medio ordinario pues obligar a la accionante que acuda al medio de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho le significaría peticionar derechos, al menos en la última hipótesis, con una lista de elegibles fenecida, lista en la que ocupa el primer lugar en la OPEC y ubicación territorial para la que se inscribió. Lo expuesto sumado al precedente arriba citado, permiten afirmar que este caso, la acción de tutela se erige como el único mecanismo que hace posible una protección eficiente de los derechos conculcados.

-Superado el requisito de subsidiariedad, también lo está el de inmediatez pues la vulneración ante la negativa de las accionadas de hacer uso de la lista en la que se encuentra la demandante para la provisión de cargos vacantes en el ICBF, mantiene en el tiempo la trasgresión de sus derechos.

-Clarificado lo anterior, la Sala recuerda que el acceso a la función pública está orientado por el principio del mérito que se materializa a través de la creación de sistemas de carrera y la provisión de las plazas de empleos de las entidades estatales mediante la realización de concursos de selección públicos, objetivos e imparciales, que permitan establecer la idoneidad, capacidad y potencialidad de los aspirantes a ocupar un cargo, a partir de la identificación de las aptitudes, suficiencias y destrezas que se requieren desde el punto de vista de las funciones asignadas y las necesidades del servicio, pues lo que se busca es que el Estado pueda "*contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública*"[5]

-Lo anterior, relieva la importancia que, en el seno de un proceso de selección, tiene el acto administrativo por el cual se abre la convocatoria,

[5] SU 446 de 2011.

pues es la norma rectora que obliga a todos los intervinientes, aspecto que ha servido de bastión a las accionadas para afirmar que el cargo ofertado a la accionante fue uno (1) y que al estar provisto en carrera según la misma lista de la cual hace parte, se agotó al menos en su caso, la finalidad del concurso.

-Sin embargo, en este asunto acaeció una situación particular, demarcada no solo por la revocatoria directa que se hizo en la Resolución No. CNSC – 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, del numeral 4 de todos los actos administrativos expedidos con ocasión a los nombramientos realizados en virtud de la Convocatoria 433 de 2016, sino también por la expedición posterior del Decreto 1479 de 2017, mediante el cual fueron creados para el cargo de Profesional Especializado, Código 2028, Grado 17, un total de 591 empleos; la promulgación de la Ley 1960 de 2019, y, el contenido del último Criterio Unificado que en virtud a la aplicación de esa Ley emitió la CNSC, el 16 de enero de 2020, contexto que además nos ubica en una **situación fáctica, disímil a la expuesta en la Sentencia SU 446 de 2011**, providencia en la que la Corte estableció en el caso analizado (nombramientos en la planta global de la Fiscalía General de la Nación) "… *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 y que correspondan estrictamente a los cargos ofertados, respetando siempre el orden de su conformación*" y agregó "*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. Los cargos que se encuentren por fuera de ésta, requerirán de un concurso nuevo para su provisión…"; criterio del que esta Sala se aparta según se acaba de explicar y conforme se continúa sustentado:

-En lo atinente a la citada Ley 1960, artículo 6° se plantean diferentes criterios de interpretación, siendo que esta Corporación en Sala Laboral y Sala Mixta ya adoptó un criterio que aquí se mantendrá, expresando en un caso similar a este que:

> *"La Ley 1960 de 2019 entró a hacer parte del ordenamiento jurídico* ***cuando se encontraba vigente la lista de elegibles*** *para el cargo para el cual concursó la accionante, y en su artículo 6° numeral 4, regula con claridad que la lista de elegibles cubre las vacantes para las que se efectuó el concurso* ***y las que surjan con posterioridad a la convocatoria****, sin especificar ningún termino de vigencia y de aplicación, como si lo hizo el legislador con los encargos que reguló en el artículo 1° parágrafo 1° de la mencionada ley"* (Negrillas fuera de texto)[6].

-La anterior postura tiene apoyo, además, en múltiples razones que, en sentir de la Sala, respetan la interpretación sistemática y finalista de los artículos 1, 13 40.7, 122, 125 y 130 de la C.P., así como la filosofía que inspira las citadas disposiciones constitucionales y en general, el acceso al servicio público por el sistema de carrera y no por clientelismo o favoritismo, además de la aplicación de los principios de eficiencia, celeridad y economía, último en el que se destacan los altísimos costos que le significan al Estado la convocatoria a concursos de méritos, y, la materialización de los principios de igualdad e imparcialidad y el cumplimiento de los fines del Estado.

[6] Sentencia de Segunda Instancia del 23 de Julio de 2020, Radicación 19001-3185-002-2020-00024-00, accionante Olga Lucía Chavarría Arboleda, Accionado ICBF y Otros, M.P. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz.

-Las citadas disposiciones constitucionales, además, deben ser entendidas y aplicadas de conformidad con diversos instrumentos que regulan el acceso a la función pública, entiéndase la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Artículo 21), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 23), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Artículo 4), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Artículo 7),entre otros.

-Nótese que aquí se está analizando el caso de una persona que ha superado un concurso de méritos diseñado de acuerdo a las necesidades de servicio del ICBF, que además creó más de 500 cargos con igual grado y denominación al que se sometió a concurso, por ende no se está disponiendo un mecanismo de ingreso automático, arbitrario o inconsulto, contrario a ello, solo se dispone acudir a un personal que se debe aceptar, según los fines del concurso, está capacitado y previamente evaluado satisfactoriamente frente al cumplimiento de las condiciones necesarias para su ejercicio.

-Asumir una posición contraria, antes que desarrollar el mandato de la carrera previsto expresamente en el referido artículo 125 de la Carta, lo contradice, pues, se estaría promoviendo la selección del personal al servicio del Estado por vías distintas a la del concurso de méritos, facilitando que, en la escogencia de trabajadores al servicio del ICBF, incidan factores de valoración que han sido proscritos por la propia Constitución y que resultan contrarios al Estado Social de Derecho.

-Además con la posición asumida por la Sala no se vulnera derecho alguno de los participantes, al contrario, se maximizan sus derechos y expectativas, sin privilegiar la forma de la convocatoria sobre su objetivo y en últimas sobre la utilidad sustancial que debe tener ese acto administrativo. En este lineamiento la Sala exalta lo expresado en Sentencia C - 319 de 2010 en cuya parte motiva se consignó: "*… La*

única forma de ingresar a la carrera administrativa, es decir, a ocupar un cargo público en propiedad, es mediante la superación de un concurso público de méritos. En otras palabras, un nominador no puede contar con la facultad de decidir si hace nombramientos en propiedad en relación con personas que han superado un concurso de méritos.”, expresando incluso para el caso ahí analizado (nombramientos en la Defensoría) que las listas debían ser utilizadas para cargos convocados y otros que surgieran durante su vigencia. Corolario de lo anterior, la discusión aquí planteada, debe resolverse en favor de la accionante, confirmando la decisión de la A Quo, quien ordenó la protección de sus garantías fundamentales, **pero bajo la aclaración de que, surtidos los trámites ordenados al ICBF y a la CNSC, el nombramiento de la accionante sólo se puede producir si en estricto orden de mérito ello es procedente, conforme al cargo para el cual concursó.**

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, SALA CIVIL-FAMILIA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

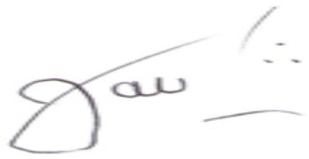
RESUELVE:

CONFIRMAR la Sentencia impugnada, advirtiendo que el nombramiento de la accionante, señora ELIUD VELASCO GOMEZ, solo se puede producir si **en estricto orden de mérito** ello es procedente, conforme al cargo para el cual concursó.

Notifíquese y envíese a la Corte Constitucional para una eventual revisión.

Los magistrados,

MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES



JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA

DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
(Con Salvamento de Voto)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN

-Sala No. 2 de Asuntos penales para Adolescentes-

Magistrada Ponente

MARÍA CONSUELO CÓRDOBA MUÑOZ

Popayán, Julio veintitrés (23) de dos mil veinte (2020)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se decide la impugnación presentada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil, contra el fallo de tutela No. 029 del 17 de junio de 2020, proferido por el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes del Circuito de Popayán, Cauca, por medio del cual, se ampararon los derechos al trabajo, debido proceso, acceso a cargos públicos, igualdad, mínimo vital y móvil de la accionante OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA, trámite donde se vinculó de manera oficiosa al ICBF Regional Cauca, al profesional Yon Gelber Borda Álvarez y a los terceros interesados.

2. ANTECEDENTES

2.1. Supuestos fácticos

Los sintetizó el Juez Unipersonal de la siguiente forma:

> "*La accionante solicita se protejan los derechos reclamados y en consecuencia se ordene a las accionadas, cumplan lo ordenado en los artículos 6 y 7 de la ley 1960 de 2019 y se autorice y use la lista de*

elegibles contenida en la resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018 y procedan a su nombramiento en el cargo código OPEC 39066, denominado Profesional Especializado, código 2028, grado 17 del sistema general de carrera administrativa del ICBF, expidiendo los actos administrativos de nombramiento y posesión, en una de las 591 vacantes definitivas, creadas por el Decreto 1479 de 2017, toda vez que participó en la convocatoria No. 433 de 2016, convocada por el ICBF y la CNSC, inscribiéndose para el cargo referenciado, ***para proveer dos (2) cargos en la Regional Cauca****. Informa que la lista de elegibles quedó conformada y en firme con la Resolución No. 20182020074485 del 18 de julio de 2018 expedida por la CNSC, quedando en lista de elegibles nueve (9) profesionales, ocupando la accionante el tercer lugar.*

El 22 de noviembre de 2018 la CNSC expidió la Resolución No. 20182230156785, que revocó el artículo 4 de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles de la convocatoria 433 de 2016, situación que impidió que el ICBF pudiera utilizar las listas de elegibles contenida en la Resolución No. 20182020074485 del 18 de julio de 2018, en la cual ella ya se encontraba en el primer lugar de elegibilidad, en atención a que las dos primeras participantes, ya habían sido nombradas mediante resoluciones No. 10709 y 10710 del 17 de agosto de 2018.

Luego el gobierno nacional expidió el Decreto No. 1479 de 2017, "por el cual suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del ICBF", creando 591 cargos permanentes, cuya denominación fue de Profesional especializado código 2028, grado 17, similares al que optó en la convocatoria 433 de 2016 y que dichos cargos debían proveerse siguiendo el procedimiento establecido en la ley 909 de 2004.

El 27 de junio de 2019 se expidió la Ley 1960 que modificó la ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998, en cuyo artículo 6 establece: El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes definitivas de cargos equivalente no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad".

El 1 de agosto de 2019 la CNSC expidió el: Criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019", adoptando la siguiente postura: "Las listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la Ley 1960, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria. De otra parte, los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la ley 1960 de 2019, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas las reglas previstas para las listas de elegibles. En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad

únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada."

Asevera que antes de presentar esta acción, solicitó al ICBF, entre otros puntos, información sobre los cargos a nivel nacional existentes por proveer, y obtuvo respuesta con oficio del 20 de marzo de 2020, recibido en su correo electrónico el 2 de abril siguiente, y le informan que en la Regional Cauca, sede Popayán, existe una vacante definitiva con el mismo código y grado al que ella participó, la cual está ocupada de forma provisional y además le informan las demás vacantes existentes a nivel nacional, por tanto se deben agotar etapas administrativas y financieras por parte del ICBF y la CNSC, sin que sea posible realizar ningún acto antes de su agotamiento.

En un segundo derecho de petición presentado (sic) el 29 de abril de 2020, solicita se realice el nombramiento en el cargo vacante por ocupar en la actualidad el primer lugar de la lista de legibles o se le nombre en uno de los cargos creados con el Decreto 1479 de 2017 en cualquier ubicación geográfica, empero no ha obtenido respuesta alguna, pese a que acusaron recibido en la misma fecha de envío, es decir el 29 de abril de 2020.

Para soportar sus argumentos, adjuntó dos sentencias de tutela por hechos similares, que fueron fallados en favor de los accionantes. Así mismo, el 12 de junio de 2020, a las 6:51 de la tarde, el accionante remite al correo institucional, escrito de ampliación de tutela, anexando copia de fallo de segunda instancia de fecha 9 de junio de 2020 del Tribunal Superior de Popayán–Sala Laboral, que confirma la sentencia de primera instancia propuesta por Ángela Cecilia Astudillo Montenegro, contra las mismas entidades accionadas en esta tutela.

Como pretensión: Solicita la protección de los derechos al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso cargos públicos y se ordene al ICBF y a la CNSC que en el término de 48 horas siguientes al fallo de esta acción, realicen los trámites administrativos y se dé cumplimiento a lo ordenado en los arts. 6° y 7° de la ley 1960 de 2019 y se autorice y use la lista de elegibles de la Resolución No 20182020074485 del 18 de julio de 2018 de la CNSC por la cual proveyeron 2 vacantes del empleo identificado con el código OPEC 39066, denominado profesional 3 especializado, código 2028, grado 17 del sistema general de carrera administrativa del ICBF y se proceda a expedir el acto administrativo que la nombre y posesione en carrera administrativa, en una de las 591 vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017, y evitar un perjuicio irremediable.

3. DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Se trata del fallo dictado el 17 de junio de 2020, proferido por el **JUZGADO SEGUNDO PENAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE POPAYÀN CAUCA,** que resolvió:

> *"**PRIMERO**: DECLARAR PROCEDENTE la acción de tutela presentada por OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA que se identifica con CC No. 31.490.902 de Zarzal, Valle, contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC-.*
>
> ***SEGUNDO**: TUTELAR los derechos fundamentales al Debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos a favor de OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA.*
>
> ***TERCERO**: ORDENAR al ICBF que: (i) dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes de notificada esta decisión, proceda a registrar las vacantes creadas con el Decreto 1479 de 2017 y respecto del registro de elegibles contenido en la Resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018, cargos Código OPEC N° 39066 denominado Profesional especializado, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF, en el SIMO y expida el correspondiente Certificado de disponibilidad presupuestal, solicitando a la CNSC el uso de listas con cobro, sin que pueda exceder de ocho días 14 calendario. (ii) La CNSC una vez el ICBF cumpla con lo anterior, procederá a elaborar y autorizar el uso de la lista de elegibles dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento para optar y una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los cinco (5) días siguientes al ICBF que deberá nombrar a la aspirante dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo de las listas, observando en todo caso el estricto orden de mérito. Se insta a las accionadas, que obren con total diligencia, y de manera coordinada, dado que el término de vigencia de la lista de elegibles del concurso de méritos de la convocatoria 433/16, fenece en el mes de Julio del corriente año, sin que sea de recibo que por trámites de orden burocrático, las expedición de los actos respectivos superen la fecha límite de su vigencia.*
>
> ***CUARTO**: DESVINCULAR al ICBF Regional Cauca, en el entendido de que las decisiones atinentes al tema que nos ocupa, está centralizado en la Sede Nacional, en cabeza de su Directora. De igual manera, se procederá con el profesional Yon Gelber Borda Álvarez, por las consideraciones precedentes.*
>
> ***QUINTO**: NOTIFÍQUESE a las partes y vinculado la presente decisión, a los correos electrónicos suministrados por aquellos.*

> ***SEXTO**: Si esta decisión no fuere impugnada dentro de los tres días siguientes a su notificación, se remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión".*

Como fundamento de la decisión, luego de superar el análisis de los requisitos de procedibilidad de la demanda, se precisó, que es indudable que se trata de una vacante definitiva de un cargo para el que concursó la accionante, que surgió con posterioridad a la convocatoria, y la peticionaria está en el derecho de que se le nombre en cualquiera de los nuevos cargos similares al que concursó, sin que la norma haga alusión a que solo aplica para aquellos registros de elegibles posteriores a su vigencia.

Una tesis distinta implica un abierto desconocimiento del debido proceso. Igualmente se debe tener en cuenta que el registro de elegibles, como acto administrativo, tiene como finalidad, establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración y su desconocimiento acarreará consecuencias adversas a quienes lo desconozcan.

Se apoyó en tutelas de iguales características, proferida, una el 18 de noviembre de 2019 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, que revocó la emitida por el Juzgado veintiuno administrativo oral de Cali -*en contra de las mismas accionadas*-, decisión que amparó el derecho de aquellos integrantes que hacían parte del registro de elegibles, contenido en la Res. CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018. Y la otra, de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Popayán, que, en reciente providencia del 9 de junio de 2020, confirmó la decisión de 28 de abril de 2020 del Juzgado Segundo Laboral de esta capital, radicado No. 19001310500220200072, accionante Ángela Cecilia Astudillo Montenegro contra el ICBF y la CNSC, en hechos y pretensiones de similar connotación, decisiones que reposan en el trámite constitucional.

Ahora, pese a que la accionante no invocó, entre los derechos pretermitidos, el de petición, el Despacho percibió que este se encontraba vulnerado por parte del ICBF, al no ofrecer hasta la fecha, respuesta clara, de fondo y oportuna a la petición presentada por la accionante **el 29 de abril de 2020**, empero, por la posición ofrecida en sede de tutela, a buen seguro la respuesta sería negativa, de suerte que la susodicha omisión, se subsana con la decisión que se tomó.

4. RAZONES DE IMPUGNACIÓN

La Comisión Nacional del Servicio Civil, presenta su desacuerdo con la decisión, bajo los siguientes argumentos:

La CNSC expidió el Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, "*Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carreras Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF*". Consultado el Sistema de apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO, se logró constatar que la señora *Olga Lucia Chavarría Arboleda*, identificada con cédula de ciudadanía No. 31490902, concursó con el ID 33572431, en la Convocatoria 433 de 2016 - ICBF, **para el empleo del nivel Profesional, identificado con el código OPEC No. 39066, denominado Profesional Especializado, código 2028, grado 17**, quien agotadas las fases del concurso ocupó la tercera (3) posición con 75.58 puntos, en la Lista de Elegibles conformada mediante la Resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018, *"Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC 39066, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17 , del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar,*

Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF", que adquirió firmeza el 31 de julio de 2018, con vigencia hasta el 30 de julio de 2020.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 del Acuerdo de Convocatoria, la CNSC remitió al ICBF, el mencionado acto administrativo, para que procediera a realizar los nombramientos de aquellos elegibles que ocuparon una posición meritoria en la lista, conforme el número de vacantes ofertadas para esa OPEC en estricto orden de mérito.

Como quiera que para el empleo en mención se ofertaron dos (2) vacantes, las elegibles que adquirieron el derecho a ser nombradas en período de prueba para el empleo, fueron las aspirantes que ocuparon los primeros dos lugares en la Lista de Elegibles. Como se observa, la accionante ocupó la tercera (3) posición, razón por la cual, no es posible que se realice su nombramiento, pues queda claro que no ocupó una posición meritoria en cuanto al número de vacantes ofertadas en el empleo. En ese sentido, se precisa que el empleo identificado con el código OPEC No. 39066 se encuentra provisto.

Aduce la Comisión Nacional del Servicio Civil, que le resulta extraña la decisión de instancia, sustentada en la existencia de una vacante que aparentemente corresponde al mismo empleo al que se inscribió la tutelante, porque en virtud de lo dispuesto en el Criterio Unificado sobre "*Listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019", el cual señala, que "(…)* las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la

respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos”.

Entendiéndose como mismo empleo, aquel con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, circunstancia que no se encuentra acreditada en el plenario respecto de la vacante existente en el Municipio de Popayán.

En consecuencia previo a proceder con la solicitud y respectiva autorización de uso de la Lista de Elegibles, el Instituto Colombiano del Bienestar Familiar – ICBF, habrá de efectuar estudio de igualdad a fin de establecer que el empleo que se pretende proveer cumpla con los requisitos de mismo empleo señalados en el párrafo que antecede, a efectos de garantizar el cabal cumplimiento del principio del mérito en un acucioso estudio orientado al logro de la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio.

Tan es así que, consultado el aplicativo SIMO, se logró corroborar que el ICBF, no ha reportado vacantes del empleo identificado con el código OPEC No. 39066, razón por la cual, no es aplicable el criterio unificado de uso de listas, pues no es posible realizar un nombramiento respecto de un empleo inexistente bajo el escenario de la ley 1960 de 2019, es decir, no ha identificado que la vacante referida en la decisión de instancia no corresponde al “mismo empleo”.

Ahora bien, en uso de las facultades que la Constitución otorga al Congreso, se expidió la Ley 1960 de 2019, que introdujo un cambio de postura en relación con la utilización de las listas de elegibles, a efectos de proveer las plazas vacantes en las entidades públicas, que pertenecen al régimen general de carrera administrativa.

El objeto del disenso de esta Comisión Nacional recae, principalmente, en el ámbito temporal de aplicación de la Ley 1960 de 2019, pues en el presente asunto no se cumplen los criterios de uso de listas para que se aplique dicha Ley, como quiera que esta normativa impone que se usen las Listas de Elegibles que se encuentren vigentes, para proveer todas las vacantes definitivas de un determinado empleo público, sin que tenga relevancia si ellas se ofertaron a través de la convocatoria con la cual se conformó dicha lista, o no. Es decir, y en punto de identificar si existe la vulneración a la que se refiere la acción de tutela, es menester establecer si se puede aplicar la referida ley a vacantes que se presentaron con posterioridad que no se traten de los mismos empleos, conforme a las pautas jurisprudenciales que la misma Corte Constitucional ha definido, en relación con la prohibición de utilizar la ley en forma retroactiva, o la de aplicar en forma retrospectiva, o ultractiva, una norma jurídica.

Para que se aplique una norma nueva a los efectos de un hecho acaecido previamente a su vigencia se debe autorizar expresamente tal aplicación so pena de estar desconociendo la prohibición de aplicación retroactiva de la ley. En lo relativo a la aplicación de la ley procedimental se observa, prima facie, el principio del efecto general inmediato. Así las cosas, todos los actos que se juzguen a partir de la vigencia de la ley procesal deberán regirse por la ley nueva, a menos que se trate de una ley procesal sustantiva, caso en el cual debe respetarse el criterio de aplicación de la norma más favorable.

Puede suceder que una ley que es nominalmente procedimental contenga artículos de carácter no procesal, sino sustantivo. En este caso, a las normas procedimentales se les aplicará el efecto general inmediato, incluso sobre actos previos a la expedición de la ley.

No obstante, las normas sustanciales contenidas en la ley procedimental no podrán cobijar hechos previos a su vigencia, así éstos sean juzgados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley procedimental.

Puede afirmarse que la regla general en relación con los efectos de la ley en el tiempo es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia. De suerte que, si una situación jurídica se ha consolidado completamente bajo la ley antigua, no existe propiamente un conflicto de leyes, como tampoco se da el mismo cuando los hechos o situaciones que deben ser regulados se generan durante la vigencia de la nueva ley.

La necesidad de establecer cuál es el marco normativo que debe regir un determinado asunto, se presenta cuando un hecho tiene nacimiento bajo la ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva, o cuando se realiza un hecho bajo la ley antigua, pero la nueva señala otras condiciones para el reconocimiento de sus efectos.

La fórmula que surge del mencionado artículo 58 Superior para solucionar estos conflictos, como ya se dijo, es la de exigir el respeto por el principio de irretroactividad de la ley, pues a través de él se garantiza que se respeten los derechos legítimamente adquiridos bajo la ley anterior, sin perjuicio de que se afecten las meras expectativas.

Esta regla opera bajo la excepción expresa que se prevé en el artículo 29 de la Carta, en la que se permite la aplicación retroactiva de las leyes penales que sean favorables para el sindicado o el condenado.

Ahora bien, cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no estén consolidadas ni que hayan dado lugar al surgimiento de derechos adquiridos al momento de entrar en vigencia la nueva ley, ella entra a regular esas situaciones en el estado en que se encuentren, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua. Este fenómeno se conoce con el nombre de retrospectividad.

Precisamente, en la Sentencia T-389 de 2009, se puntualizó que, por regla general, el efecto en el tiempo de las normas es el de la aplicación inmediata y hacia el futuro, "*pero con retrospectividad, (…) siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal (…)".* De este modo, "*aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado, es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma*".

Con base en los anteriores argumentos, es posible considerar que si bien la modificación al procedimiento de provisión de cargos que se contiene en la citada Ley 1960 de 2019, constituye la entrada en vigencia de una norma de carácter procedimental, lo cierto es que tiene la virtualidad de crear diferentes estatus y derechos con respecto de quienes podrían participar en futuras convocatorias para proveer a través del mérito, vacantes definitivas de cargos públicos. Entonces, como se trata de una norma que posee un sentido sustantivo en relación con quienes podrían participar en los mencionados procesos de selección, su aplicación se realizará con respeto al carácter consolidado de las situaciones anteriores a su vigencia, en este caso, aquellos que se desprenden de la convocatoria de 2016.

De esta manera, en tanto no se demostró que la ausencia de aplicación de la Ley 1960 de 2019 en el caso de la demandante,

constituya vulneración alguna de sus derechos fundamentales, la acción se torna improcedente, al no existir objeto a proteger.

Finalmente, es válido señalar que, a la luz de una detallada revisión de las probanzas allegadas, se puede concluir que no tienen la virtud de acreditar los supuestos del perjuicio irreparable al que pudiera verse enfrentada la tutelante, circunstancia que funge como requisito sine qua non para ejercitar el presente instrumento jurídico procesal de carácter constitucional, a fin de cuestionar actos de naturaleza administrativa, así, en punto del problema jurídico surge diáfano que la acción de amparo no cumple con el presupuesto de subsidiariedad, de tal manera que, no sería posible adentrarse al fondo de la controversia para verificar si la negativa de realizar uso de Listas de Elegibles para proveer nuevas vacantes, quebrantó los derechos fundamentales de la accionante.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF.

Solicitó la accionada, se REVOQUE la sentencia de primera instancia, del 17 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento – Popayán, Cauca, en el marco de la acción de tutela de la referencia. En su lugar, se DECLARE IMPROCEDENTE, por no cumplir los requisitos de: (i) trascendencia iusfundamental del asunto; (ii) subsidiariedad y perjuicio irremediable y, subsidiariamente, sea NEGADA, al no advertirse violación de derechos fundamentales por parte del ICBF.

Si bien, el Juzgado encontró que se reúnen todos los elementos de procedencia de la tutela, ya que la accionante propuso la acción dentro de un término razonable, señalando además que otro mecanismo judicial en estos momentos no resultaría idóneo o eficaz

debido a la suspensión de términos judiciales, por las circunstancias imperantes de la emergencia sanitaria. En razón a lo anterior, adujo que debido a que el término de duración del registro de elegibles está próximo a fenecer -julio de 2020- se le impediría acceder al empleo público y por ende, se derivaría un perjuicio irremediable. En concreto, el a quo resolvió tutelar los derechos al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos, ya que para el operador judicial se configura una omisión por parte del ICBF en aplicar el artículo 6º de la ley 1960 de 2019, con el argumento de que esta ley no tiene carácter retroactivo.

Al respecto, el ICBF debe precisar que: (i) el juez no aplicó el principio de rigurosidad del precedente para determinar la procedencia de la tutela, pues existen fallos de la Corte Constitucional que tratan problemáticas de las fases de los concursos, más no de actos posteriores a la expedición de las listas de elegibles, que son los actos que concluyen toda la fase de selección; (ii) el ICBF no se opone al uso de la lista de elegibles en aplicación del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, empero es necesario seguir el procedimiento establecido en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, emitido por la CNSC y la reglamentación pertinente, tal y como se ha venido adelantando por parte del Instituto.

Por lo anterior, de conformidad con el informe emitido por la Dirección de Gestión Humana, se informa que en el ICBF en la actualidad, NO existen vacantes definitivas en la Regional Cauca que cumplan con los parámetros establecidos en el Criterio Unificado de la CNSC expedido el 16 de enero de 2020 en relación con la OPEC 39066. Pues si bien es cierto, en comunicación remitida a la accionante se informó que existían dos vacantes se aclaró que las dos vacantes señaladas en la imagen no cumplen con los parámetros establecidos en el Criterio

Unificado de la CNSC para la OPEC 39066, en razón a que la vacante provista mediante nombramiento provisional en el C.Z. Popayán corresponde al perfil de Psicología, es decir que los requisitos y funciones son diferentes a la OPEC a la cual se presentó.

De igual forma, para el empleo ubicado en el Grupo de Asistencia Técnica de la Regional Cauca, se realizó nombramiento provisional en cumplimiento de una orden judicial, razón por la cual y para dar cumplimiento a ella, fue necesario trasladar temporalmente dicha vacante, sin embargo, la vacante pertenece a la Regional Valle – Grupo de Protección y debe ser provista en esta regional, tal y como señala el Parágrafo Segundo del artículo primero de la Resolución 14620 de 2018. El ICBF argumentó que no había trascendencia del asunto, pues no estaba en discusión alguna irregularidad en el proceso del concurso, en tanto, la lista de elegibles había sido proferida y fueron nombrados quienes ocuparon los primeros dos (2) lugares de elegibilidad; contrario a los casos en los que la Corte ha establecido la especial protección de los derechos en sede de tutela, que se han presentado antes de la emisión de la lista de elegibles.

La acción de tutela deviene improcedente, por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, así como de subsidiariedad y perjuicio irremediable, puesto que: (i) Ya se publicó la lista de elegibles y esta adquirió firmeza el 31 de julio de 2018, la cual se conformó para proveer dos (2) vacantes y en dicha lista la actora ocupó la posición número 3; (ii) La actora no cuestiona la conformación de dicha lista sino actuaciones que surgieron con posterioridad a ella, específicamente el hecho de que no se haya efectuado inmediatamente su nombramiento en aplicación del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019; (iii) En el fondo, la accionante ataca un acto de carácter general, proferido por la CNSC, denominado “Criterio

unificado sobre el uso de listas de elegibles a la luz de la Ley 1960 de 2019" del 16 de enero de 2020, el cual se encuentra en firme y se presume su legalidad.

Adicionalmente, conviene resaltar que el Consejo de Estado ha declarado la improcedencia de la acción de tutela cuando se alegan irregularidades dentro de un concurso de méritos, una vez se encuentra publicada la lista de elegibles, evento en el cual proceden los medios de control del CPACA y las medidas cautelares que garantizan la idoneidad de dichos recursos judiciales. En este sentido, el ICBF advierte que no se puede afirmar de manera general y descontextualizada que la acción de tutela es procedente siempre que exista un concurso de méritos o listas de elegibles, pues las controversias que pueden suscitarse en dichos ámbitos son de diversa naturaleza y las particularidades de cada caso ameritan un estudio específico.

La OPEC No. 39066 ofertada dentro de la Convocatoria 433 de 2016, para la cual participó la actora y de cuya lista de elegibles hace parte, NO existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC. Si bien, en comunicación remitida a la accionante se informó que existía una vacante definitiva en la Regional Cauca con nombramiento provisional en cumplimiento de una orden judicial, dicha vacante pertenece a la Regional Valle – Grupo de Protección razón por la cual su provisión definitiva se debe realizar en la Regional Valle.

En conclusión, el ICBF ha dado aplicación a la Ley 1960 de 2019 y al Criterio Unificado emitido sobre esa norma por la Comisión Nacional del Servicio Civil el 16 de enero de 2020, sin que sea posible en el

marco de esa norma usar la lista de elegibles a la que pertenece la accionante por no contar con vacantes equivalentes.

Vulneración del derecho a la igualdad. Respecto de la vulneración al derecho fundamental de igualdad, la jurisprudencia constitucional ha establecido una guía metodológica para establecer si un trato desigual tiene justificación a la luz del ordenamiento constitucional, conocido como el test de igualdad, el cual tampoco se adecua.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A la Sala le asiste competencia funcional para conocer del presente asunto, por tratarse de la impugnación de un fallo emitido por un Juzgado del Circuito.

5.1 PROBLEMA JURÍDICO: ¿Las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la señora OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA, al negar el nombramiento en un cargo igual a aquel para el que concursó, que se encuentra vacante, está de primera en la lista de elegibles vigente, por la omisión de aplicar la prórroga de la lista de elegibles, conforme a lo previsto en la Ley 1960 de 2019?

5.2 REQUISITOS DE LEGITIMACIÓN, INMEDIATEZ Y SUBSIDIARIDAD.

Antes de responder el interrogante la Sala realizara el análisis de la procedencia de la acción de tutela, **bajo los requisitos de legitimación, inmediatez y subsidiaridad.**

De conformidad con lo descrito en el artículo 86 de la Carta Política y el Decreto 2591 de 1991, la legitimación tanto por activa como pasiva[1] se cumple en el presente caso, pues ella se tiene por toda persona para reclamar ante los Jueces la protección de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quieran que resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad, y en este caso la accionante considera que se le han desconocido derechos fundamentales, por parte de la autoridad demandada, que entonces soporta la presunta vulneración que se le enrostra. Dice la parte actora, que la entidad accionada le viola los derechos fundamentales, al no proceder a realizar las actuaciones administrativas tendientes a efectuar los respectivos nombramientos y posesión en el cargo de Profesional Especializado.

La tutela tiene dos particularidades esenciales a saber: **la subsidiariedad y la inmediatez**; la primera, por cuanto sólo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable, y la segunda, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso administrar la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental sujeto a vulneración o amenaza, por lo que el Juez debe evaluar en cada caso la razonabilidad y proporcionalidad del tiempo transcurrido entre la situación de la cual se predica que genera la vulneración y la fecha de presentación de la demanda.

El requisito de la inmediatez se cumple, en este caso, pues la demanda de tutela se presentó en el mes de junio de 2020, y los hechos a partir de los cuales se aduce se genera la violación de los

[1] De conformidad con el Artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, *"La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2o. de esta ley".* CP, art 86º; D 2591/91, art 1º.

derechos deprecados tienen su génesis en los derechos de petición del 20 de marzo y 29 de abril de 2020, fecha desde la cual, se explica entonces, un lapso de tiempo razonable para interponer la presente acción de tutela.

La Subsidiaridad: Reiterada es la línea jurisprudencial, que indica que la tutela fue consagrada con la finalidad de garantizar la efectiva protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos ante su violación o amenaza por parte de cualquier servidor público o de un particular en los casos establecidos en la ley, así cuando el juez constitucional encuentra que se ha vulnerado algún derecho fundamental, debe entrar a protegerlo, ordenando las actuaciones correspondientes para la salvaguarda del mismo; con todo, si encuentra que, dentro del ordenamiento jurídico existen otros medios judiciales eficaces para la protección de derechos fundamentales, el amparo constitucional se torna improcedente para lograr su efectiva protección, como quiera que la acción de tutela tiene el carácter de subsidiario, **el cual solo es excepcional cuando se esté en presencia de un perjuicio irremediable que no de espera a arduos trámites administrativos o judiciales.**

Así las cosas, por regla general la acción de tutela no procede frente a aspectos relacionados a los concursos de mérito, sin embargo, y entendiendo que la pretensión de la accionante no se dirige a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, pretensión para la cual puede acudir a los medios de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues contrario a lo esbozado por la accionada, lo que pretende demostrar la Ciudadana es que la no aplicación o la falta de cumplimiento del acto administrativo (lista de elegibles), el cual se encuentra en firme y de la que hace parte, ha vulnerado sus derechos

fundamentales, por ende, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la acción de tutela, para casos como el que hoy ocupa la atención de la Sala, es el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera, de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles por los concursos de mérito, frente al tema ha manifestado:

> *"… existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos."*[2].

De igual forma, sobre la naturaleza de la Lista de Elegibles, ha expresado la Alta Corporación referida:

> *"las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme. Igualmente se ha establecido de manera pacífica 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 contario, 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."*[3]

Además de lo anterior, la Corte señaló que la acción de tutela era procedente, cuando la persona que pretende acceder al cargo para el

[2]Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002.
[3]Sentencia T-112A/14.

cual participó en un curso de méritos, se ve expuesta al riesgo de que el registro o la lista de elegibles pierda vigencia y, como consecuencia de ello, no pueda garantizarse la protección de su derecho por las vías judiciales existentes, lo que generaría un perjuicio irremediable, que en este caso vistas las calendas, fue debidamente valorado por el Juez unipersonal y, en ese sentido se dio por superado tal requisito.

De otro lado, no puede perderse de vista que el derecho de acceso a cargos públicos, consagrado en el numeral 7º del artículo 40 de la Constitución Política, ha de ser garantizado a la accionante, pues la hermenéutica de tal disposición es favorecer a la persona contra las decisiones estatales que de manera arbitraria le impidan acceder a un cargo público, o a no ser desvinculado de manera grosera del mismo, o que por razones ajenas a la ley se le impida el ejercicio de sus funciones.

5.3 DEL CASO CONCRETO:

En el caso puesto a consideración, la ciudadana Olga Lucía Chavarría se presentó a la convocatoria 433 de 2016, del I.C.B.F. para el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO COD 2028, GRADO 17 OPEC 39066, para el cual, con RESOLUCIÓN NO. 4500 de 20 de mayo de 2016 creo el "*Anexo Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los Empleos de la Planta de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*", cuyo propósito principal es "*Brindar asistencia técnica y profesional en el desarrollo y seguimiento a las políticas, programas, proyectos, procesos y procedimientos de la Dirección General, velando porque se cumplan los objetivos y misión de la Institución y sus FUNCIONES ESENCIALES son*:

> *1. Brindar asistencia técnica y/o asesoría para el diseño y desarrollo de la política institucional del área, la formulación y el desarrollo de los planes, programas y proyectos propios de la dependencia de acuerdo con protocolos institucionales y en los tiempos establecidos.*

2. Realizar y controlar las bitácoras de compromisos de los comités de dirección, tácticos, viajes y reuniones externas o internas del Director General, según procedimientos establecidos.

3. Brindar la atención y gestión con entidades conjuntamente con los asesores de la Dirección General, según procedimientos establecidos.

4. Gestionar las relaciones estratégicas con actores públicos y privados de los niveles internacional, nacional, regional y local teniendo en cuenta prioridades institucionales y políticas.

5. Apoyar la coordinación y comunicación con otras entidades del orden nacional y territorial, con el fin de garantizar el desarrollo eficiente de las políticas, planes, programas y proyectos de interés para el sector.

6. Gestionar la celebración y ejecución de los convenios que adelante la Entidad con otras entidades del orden Nacional e Internacional, de acuerdo a las directrices impartidas para este fin.
7. Ejecutar acciones para promover la articulación del Sector Administrativo de Inclusión Social y Reconciliación con las autoridades nacionales y/o territoriales, para la eficiente implementación de políticas, planes, programas, estrategias y proyectos.

8. Realizar investigaciones, diagnósticos y estudios que le sean asignadas de acuerdo con las necesidades de la Entidad.

9. Asistir en representación del Instituto a reuniones, consejos, juntas, comités y eventos de carácter oficial por delegación del Director General.

10. Preparar informes con destino a los entes de control, de acuerdo a las solicitudes realizadas.

11. Las demás funciones que sean asignadas por la autoridad competente y que tengan relación directa con la naturaleza del cargo y el área de desempeño.

Individualizado el cargo para el cual concursó la peticionaria en la regional Cauca, la Colegiatura, tiene claro que la lista de elegibles es un acto administrativo de carácter particular, creador de derechos, que impone a la administración la forma como ha de proveer los cargos que fueron objeto de concurso; así lo precisó la Corte Constitucional, en la sentencia T-402 de 2012: "*En el caso en estudio la lista de elegibles, en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58 superior (...)".*

En virtud de lo anterior, y con el marco jurisprudencial que sirve de sustento a esta decisión, la accionante tiene un derecho adquirido, y la confianza legítima de ser nombrada en el cargo para el cual concursó y al cual opcionó, porque para ello fue incluida en la referida lista que se agotó con las dos primeras concursantes pues se encontraba en el puesto No. 3, para el cual cumplió y superó todas las etapas establecidas y, la Ley 1960 de 2019 entró a hacer parte del ordenamiento jurídico cuando se encontraba vigente la lista de elegibles para el cargo para el cual concursó la accionante, y en su artículo 6º numeral 4, regula con claridad que la lista de elegibles cubre las vacantes para las que se efectuó el concurso y las que surjan con posterioridad a la convocatoria, sin especificar ningún termino de vigencia y de aplicación, como si lo hizo el legislador con los encargos que reguló en el artículo 1º parágrafo 1º de la mencionada ley.

Y es que, en relación con los concursos de méritos, para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos la Corte Constitucional ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, debido proceso y acceso a los cargos públicos. En algunas ocasiones los medios ordinarios no resultan idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en concurso para acceder a cargos de carrera[4].

[4] Sentencia T 112 A de 2014.

En la sentencia C-010 de 1.995 reiterada en la SU-913 de 2009; se explicó cada una de esas fases, las que por demás fueron recogidas por el legislador en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Así:

> *"1.* ***convocatoria****…es 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. (subrayas Juera de texto). 2.-* ***Reclutamiento****. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnanlos 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 das ijkación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos. La valoración de estos fue/ores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad. 4.-* ***Listas de elegibles****. Con los resultados de las pruebas...se elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con ésta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se ejecutó 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. "Aprobado dicho período, al obtener evaluación satisfactoria, el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente".*

En consecuencia, la obligación del Estado en cumplimiento del artículo 125 Constitucional es convocar a concurso público cuando se presenten vacantes en los cargos de carrera, con el objeto de cumplir la regla de la provisión por la vía del mérito y los principios que rigen la función pública, artículo 20 de la Constitución, específicamente los de igualdad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad, en donde la lista de elegibles producto de ese concurso tiene una validez en el tiempo que, por regla general, es de dos años, para que en el evento de vacantes en la entidad se puedan proveer de forma inmediata sin necesidad de recurrir a nombramientos excepcionales como lo son el encargo o la provisionalidad. La conformación de la lista de elegibles,

así entendida, genera para quienes hacen parte de ella, -un derecho de carácter subjetivo, que consiste en ser nombrado en el cargo para el que concursó, cuando el mismo quede vacante o esté desempeñado por un funcionario o empleado en encargo o provisionalidad. En ese sentido, la consolidación de este derecho *"se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer".*

La regla general para acceder a los cargos de la Administración pública es el CONCURSO PUBLICO (*inciso 2º del artículo 125 de la Carta Política)*:

> *"El concurso es el mecanismo considerado idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, apartándose en esa función de consideraciones subjetivas, de preferencias o animadversiones y de toda influencia política, económica o de otra índole.*
>
> *La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado. "Así concebida la carrera, preserva los derechos al trabajo, a la igualdad y al desempeño de funciones y cargos públicos, realiza el principio de la buena fe en las relaciones entre las personas y el Estado y sustrae la actividad estatal a los mezquinos intereses de partidos políticos y grupos de presión que antaño dominaban y repartían entre sí los cargos oficiales a manera de botín burocrático" [5]*

En el sub lite, se acreditó que la accionante concursó para el empleo de nivel Profesional, identificado con el No. O.P.E.C. 39066, denominado Profesional Especializado, Código 2028, Grado 17, correspondiente a la Convocatoria 433 de 2016 del I.C.B.F. y que, finalizadas las etapas del concurso de méritos, la C.N.S.C. publicó la Resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018: *"Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo identificado con el Código O.P.E.C. No. 39066, denominado PROFESIONAL*

[5] C.C.S. SU-133 de 1998

ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - I.C.B.F.", con un total de 9 integrantes de esa lista donde la accionante ocupó la tercera posición, la cual cobró firmeza el 18 de julio de 2018 con vigencia hasta el 18 de julio de 2020.

No obstante, la lista se agotó con el nombramiento de las dos primeras, quedando ella "repuntando", es decir paso a ocupar el primer puesto, pero sin que el I.C.B.F. haya acreditado qué pasó con los 591 cargos iguales al que concursó la ciudadana y que fueron creados con el decreto 1479 de 2017 para la planta global de IC.B.F pues al remitirnos a la resolución 7746 de 2017, se puede observar la distribución de todos los cargos a nivel territorial, sin que se advierta que hayan destinado tales a la Regional Cauca, donde territorialmente escogió como sede la señora Olga Lucia, quien por su parte ha realizado las actuaciones necesarias para que le otorguen la posibilidad de ser nombrada porque pasó a ocupar una posición privilegiada.

De la anterior situación fática, puede la Sala concluir que es cierta la afirmación de la demandante en cuanto el artículo 64 del Acuerdo No. C.N.S.C 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 mediante el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente empleos vacantes pertenecientes a la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familia, dispone: *"VIGENCIA DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES. Las listas de elegibles tendrán una vigencia de dos (2) años a partir de su firmeza"*.

La firmeza se adquiere a términos del artículo 62: "*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.C.N.S.C.goc.co y/o enlace: SIMO o su equivalente Convocatoria No. 433 de 2016 I.C.B.F. no se haya recibido*

reclamación alguna ni solicitud de exclusión de la misma, en consonancia con lo previsto en el artículo 55º del referido 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 C.N.S.C remitirá al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F. los actos administrativos por medio de los cuales se conforman las listas para los diferentes empleos convocadas y los publicará en la página web www.C.N.S.C.gov.co y/o enlace: SIMO o su equivalente Convocatoria N.º. 433 de 2016 I.C.B.F. 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 Ia O.P.E.C. de esta Convocatoria, con fundamento en lo señalado en el Decreto 1894 de 2012, mientras este se encuentre vigente. Por lo que la demandante cuenta con menos de un mes para la expiración de vigencia de la lista de elegibles de la cual hace parte".*

Como quiera que la lista quedó en firme el pasado 18 de julio de 2018, es claro que estamos a escasos días que pierda vigencia, pero al revisar los informes suministrados por los entes accionados, se vislumbra que no han sido ofertados los cargos que fueron creados con el decreto 1479 de 2017 en un total de 591 *cargos código OPEC 39066, denominado Profesional Especializado, código 2028, grado 17 del sistema general de carrera administrativa del ICBF* y al haberse conformado una lista de elegibles y las dos primeras personas que antecedían a la señora OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA, adquirieron sus derechos de carrera en el empleo, paso esta de estar en la posición No. 3, a ocupar la primera 1ª, pero no se conformó lista, bajo el argumento que inicialmente no quedó en una posición privilegiada, tesis que no tiene sustento legal, pues a manera de ejemplo el segundo no hubiese podido nunca ser el primero.

Empero, el I.C.B.F. nominador conocía de la existencia de vacantes en el empleo para el cual se postuló la accionante, y las creadas con el Decreto 1479 de 2017, más las que generaron con la declaratoria de

desiertas de los recursos, y la creación de cargos permanentes, de "PROFESIONAL ESPECIALIZADO COD 2028 GRADO 17 OPEC 39066", repasemos administrativamente, como se ha venido generando este proceso:

.- Se expidió el Decreto 1479 de 2017, mediante el cual se suprimieron cargos de planta de personal de carácter temporal y a su vez, se crearon empleos permanentes en el I.C.B.F., que en relación con los cargos para el cual concursó la accionante, en su articulado 1º NO estableció, la supresión de los temporales, pero en su artículo 2º **ordenó crear 591 plazas para el referido cargo en la planta de personal de carácter permanente del I.C.B.F. "Cecilia de la Fuente de Lleras"**.

En virtud del artículo cuarto del Decreto 1479 de 2017, el I.C.B.F. expidió la Resolución 7746 del 05 de septiembre de 2017, donde el director general de la entidad distribuyó 3.737 cargos en la planta global de dicha institución, sin que se haga alusión alguna al PROFESIONAL UNIVERSITARIO 2028-17 OPEC 39066, y en efecto tal como lo asevera la parte demandante, es decir, que las 591 vacantes creadas en virtud del Decreto 1479 de 2019, no han sido ofertadas.

.- Sumado a lo dicho, el 4 de diciembre de 2018 la C.N.S.C. expidió la Resolución No. C.N.S.C – 20182230162005, por medio de la cual se declaró desierto el concurso para algunas vacantes ofertadas en el marco de la convocatoria No. 433 de 2016 - I.C.B.F., respecto del código **2028**, grado 17 al que se postuló la demandante dentro de la Convocatoria 433 de 2016 – I.C.B.F.

.- Posteriormente se expidió la Resolución No C.N.S.C – 20182230156785 *"Por la cual se revoca el artículo cuarto de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria 443 de 2016 – I.C.B.F."* que impidió al I.C.B.F. usar la lista de elegibles para proveer una de las vacantes y, en consecuencia, dichas vacantes están ocupadas por planta de personal de carácter provisional, vulnerando así el principio del mérito como elemento principal para la provisión de vacantes dentro del empleo público.

El Parágrafo del artículo 62 del Acuerdo de la C.N.S.C que arriba se trascribió y se resaltó, señala que las listas de elegibles solo se utilizarán para proveer los empleos reportados en la O.P.E.C. de la Convocatoria, con fundamento en el Decreto 1894 de 2012, sin embargo, el 27 de junio de 2019 se expidió la Ley 1960, que rigió a partir de esa fecha, modificando la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998, derogando las demás disposiciones que le sean contrarias, acto administrativo que frente al proceso de selección en su artículo 6º dispuso:

"ARTICULO 6". El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:

> *"… Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocadas, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad.*"

Siendo que la lista del concurso de méritos para proveer las vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se encuentra vigente, a ella le resulta aplicable la nueva Ley 1960, por que el parágrafo del artículo 62 del Acuerdo No. C.N.S.C

20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, quedó derogado por la nueva normatividad por ser contrario a lo dispuesto en la nueva ley.

La Ley 1960 viene rigiendo desde el 27 de junio de 2019, va a cumplir un año, sin que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR haya realizado las diligencias necesarias para que dicha normatividad tenga aplicabilidad.

Pese a que existe el Decreto 1479 de 2017 modificando la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras”, se ha guardado silencio frente a las nuevas vacantes con la misma denominación, código y grado, de carácter permanente en la estructura del Instituto, para que estas sean provistas con la lista de elegibles que aún se encuentra vigente en observancia estricta del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019 que modificó el numeral 4º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 que regulaba el empleo público, la carrera administrativa y gerencia administrativa.

En consecuencia, con las listas de elegibles vigentes no solamente deben cubrirse las vacantes reportadas en la O.P.E.C. de la Convocatoria 433, sino también las vacantes definitivas de cargos ***equivalentes no convocados***, que surgieron con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad.

La misma C.N.S.C. así lo señaló: “*Aunado a lo anterior, es menester señalar que en virtud de lo dispuesto en el Criterio Unificado sobre listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, aprobado por la Sala Plena de Comisionados en Sesión del 16 de enero de 2020”*, el cual contempla que las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados

con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer tanto:

1. Las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera – O.P.E.C. de la respectiva convocatoria.

2. Como las nuevas vacantes que se generen con posterioridad a la aprobación del acuerdo de convocatoria siempre y cuando corresponda a los "*mismos empleos*", entendiéndose como mismos empleos aquellos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un numero de O.P.E.C.

Cualquier criterio anterior al del 16 de enero de 2020 de la C.N.S.C. o la revocatoria del artículo cuarto de la resolución No. C.N.S.C-20182230040835 del 26 de abril de 2018, no puede invocarse para alegar el desconocimiento de la ley 1960 de 2019. Así las cosas, la aplicación de las listas de elegibles para cargos creados con posterioridad a la convocatoria de empleos, es perfectamente legal y encaja plenamente con la situación fáctica expresada por la actora, más aún por existir cargos cubiertos en provisionalidad, exactamente iguales a aquel para el cual ella fue convocada y para los cuales superó el concurso de méritos, interpretación que encuentra respaldo en el artículo 125 Superior.

Lo contrario sería ignorar que: "...*el sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza el acceso al empleo público, por lo que debe realizarse en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el*

amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado."[6]

En contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, las listas de elegibles vigentes, pueden ser utilizadas para proveer empleos ***equivalentes en la misma entidad***, pues los concursantes que conforman dichas listas tienen el derecho de acceder a todos los cargos vacantes o surtidos en provisionalidad de idéntica naturaleza a aquellos para los que concursaron sin importar la fecha de la convocatoria. Es evidente que el I.C.B.F. está en mora de proceder de conformidad, vulnerando de esta forma no solo el derecho al debido proceso, sino los principios de buena fe, confianza legítima y respeto del propio acto, de todos los Participantes en el Concurso que hacen parte de la lista de elegibles, pues: "…*las relaciones de derecho, generadas entre la administración y los administrados, deben desarrollarse con lealtad y, en especial, el actuar de las autoridades debe ser consecuente "con sus conductas precedentes de manera que los administrados no se vean sorprendidos con conductas que, por ser contrarias, defrauden sus expectativas legítimamente fundadas*"[7], del principio de la buena fe nace el principio de la confianza legítima, el cual adquiere su importancia cuando la administración ha creado expectativas favorables para los administrados en ciertas condiciones específicas y, súbitamente, cambia las condiciones ocasionando un desequilibrio en la relación que entre ellos se hubiere generado. Por lo tanto, la confianza que los ciudadanos depositan en las actuaciones de la administración debe respetarse y protegerse.

La accionante, tiene la confianza legítima que por virtud de haberse agotado respecto de las dos primeras candidatas de la lista de elegibles para el cargo que concursó, y conforme a las prescripciones de Ley, la lista se modificó, por lo que ahora ella ocupa el primer lugar

[6] 3 Sent. T- 180 de 2015
[7] C.C., Sent. T-048 del 30/01/2009

y tiene el propósito de acceder al cargo para el cual se postuló, dada la existencia de las vacantes que refiere en su demanda.

El artículo 63 del Acuerdo regulador de la Convocatoria 433 sobre la RECOMPOSICION DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES señaló: "*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",* de tal manera que habiendo tomado posesión las dos primeras aspirantes de la lista, se formó otra de manera automática, ocupando la accionante el primer lugar, para acceder a su nombramiento en el cargo para el cual concursó y aprobó todas sus etapas; no obstante, en respuesta del 20 de marzo de 2020, recibida por la Sra. Olga Lucia Chavarria, a través de su correo electrónico el 2 de abril pasado, solo le informan que en la Regional Cauca, sede Popayán, existe una vacante definitiva con el mismo código y grado al que ella participó, la cual está ocupada de forma provisional y le informan las demás vacantes existentes a nivel nacional, por tanto se deben agotar etapas administrativas y financieras por parte del ICBF y la CNSC, sin que sea posible realizar ningún acto antes de su agotamiento, siendo que existen otras plazas que deben ofertarse.

Corolario de lo anterior, las entidades conculcadoras de lo derechos fundamentales de la demandante están en el deber de realizar los trámites necesarios para efectivizar el cumplimiento de las órdenes del Juez de primera instancia, para que de ésta manera pueda accederse a sus pretensiones, entiéndase que la orden no está direccionada a su inmediato nombramiento, pues ha de advertirse que, no se podría desconocer la opción que otros participantes eligieron en el marco de la misma Convocatoria.

Al vislumbrar que los entes accionados incurren en la trasgresión de los derechos alegados por la actora, la respuesta al problema jurídico es acorde a lo esbozado por el Juez Unipersonal, con el fin de proveer las vacantes definitivas existentes en la entidad que corresponden a los mismos empleos, y en estricto orden de mérito, incluyendo las creadas mediante Decreto 1479 de 2017, pues ante la existencia de figuras administrativas como la provisionalidad, debe preferirse la del nombramiento en propiedad de una persona que ha ocupado una posición dentro del listado de elegibles, puesto que a pesar de ser ambas figuras legales, ello brinda una mejor preservación del principio de meritocrácia.

Se advierte a las entidades conculcadoras del derecho fundamental de la demandante están en el deber de realizar los trámites necesarios para efectivizar el cumplimiento de las órdenes de tutela con observancia de los términos otorgados, adicionalmente, como lo advirtió el fallador de primera instancia.

Se advierte a las entidades conculcadoras del derecho fundamental de la demandante están en el deber de realizar los trámites necesarios para efectivizar el cumplimiento de las órdenes de tutela con observancia de los términos otorgados, adicionalmente, como lo advirtió el fallador de primera instancia, así mismo la Sala considera necesario compulsar copias de esta decisión a la Procuraduría General de la Nación a efectos que se investigue la posible conducta en que hayan podido incurrir la Comisión Nacional del Servicio Civil y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, frente al desconocimiento de las normas del concurso.

Por último, si bien hay un derecho de petición al que no se ha dado respuesta, pero como quiera que del contradictorio presentado por el ICBF a esta demanda, se infiere que no es su voluntad acceder a lo peticionado por la quejosa, pretensión que ha sido amparada en esta decisión, razón por lo cual surge inane, tal como se dedujo, emitir orden alguna a efectos de obtener una respuesta, pues la orden emitida en esta decisión, se circunscribe a lo que materialmente persigue la señora OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA.

En razón de los anteriores planteamientos, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, SALA NO 2 DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 029 del 17 de junio de 2020, proferido por el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes del Circuito de Popayán, Cauca, por medio del cual, se ampararon los derechos al trabajo, debido proceso, acceso a cargos públicos, igualdad, mínimo vital y móvil de la accionante OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA.

SEGUNDO: COMPULSAR copias de esta decisión a la Procuraduría General de la Nación a efectos que se investigue la posible conducta en que hayan podido incurrir la Comisión Nacional del Servicio Civil y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, frente al desconocimiento de las normas del concurso.

TERCERO: Una vez notificada esta providencia a las partes, por los medios y en los términos de que trata el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, **REMÍTIR** el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión (artículo 32 ibídem).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA
-Primer Revisor-
19001-3185-002-2020-00024-00

MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES
-Segundo Revisor-
19001-3185-002-2020-00024-00

MARÍA CONSUELO CÓRDOBA MUÑOZ
Magistrada Ponente

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
CIRCUITO JUDICIAL DE POPAYÁN
JUZGADO SEGUNDO PENAL PARA ADOLESCENTES
CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO
Calle 5 A 1-11 Telefax 8208535
j02mepayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Sentencia de Tutela No. 029

Proceso No. 19001-31-85-002-2020-00024-00

Popayán, diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020)

Se resuelve la acción de tutela presentada por OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA, identificada con C.C. No. 31.490.902, en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF- y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC-, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, TRABAJO y ACCESO A CARGOS PÚBLICOS. De manera oficiosa se vinculó al ICBF Regional Cauca, al profesional Yon Gelber Borda Álvarez y a los terceros interesados.

ANTECEDENTES

La accionante solicita se protejan los derechos reclamados y en consecuencia se ordene a las accionadas, cumplan lo ordenado en los artículos 6 y 7 de la ley 1960 de 2019 y se autorice y use la lista de elegibles contenida en la resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018 y procedan a su nombramiento en el cargo código OPEC 39066, denominado Profesional Especializado, código 2028, grado 17 del sistema general de carrera administrativa del ICBF, expidiendo los actos administrativos de nombramiento y posesión, en una de las 591 vacantes definitivas, creadas por el Decreto 1479 de 2017, toda vez que participó en la convocatoria No. 433 de 2016, convocada por el ICBF y la CNSC, inscribiéndose para el cargo referenciado, para proveer dos (2) cargos en la Regional Cauca.

Informa que la lista de elegibles quedó conformada y en firme con la Resolución No. 20182020074485 del 18 de julio de 2018 expedida por la CNSC, quedando en lista de elegibles nueve (9) profesionales, ocupando la accionante el tercer lugar.

El 22 de noviembre de 2018 la CNSC expidió la Resolución No. 20182230156785, que revocó el artículo 4 de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles de la convocatoria 433 de 2016, situación que impidió que el ICBF pudiera utilizar las listas de elegibles contenida en la Resolución No. 20182020074485 del 18 de julio de 2018, en la cual ella ya se encontraba en el primer lugar de elegibilidad, en atención a que las dos primeras participantes, ya habían sido nombradas mediante resoluciones No. 10709 y 10710 del 17 de agosto de 2018.

Luego el gobierno nacional expidió el Decreto No. 1479 de 2017, "*por el cual suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del ICBF"*, creando 591 cargos permanentes, cuya denominación fue de Profesional especializado código 2028, grado 17,

similares al que optó en la convocatoria 433 de 2016 y que dichos cargos debían proveerse siguiendo el procedimiento establecido en la ley 909 de 2004.

El 27 de junio de 2019 se expidió la Ley 1960 que modificó la ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998, en cuyo artículo 6 establece: "*El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes definitivas de cargos equivalente no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad".*

El 1 de agosto de 2019 la CNSC expidió el: "*Criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019"*, adoptando la siguiente postura: *"Las listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la Ley 1960, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria. De otra parte, los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la ley 1960 de 2019, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas las reglas previstas para las listas de elegibles. En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada.".*

Asevera que antes de presentar esta acción, solicitó al ICBF, entre otros puntos, información sobre los cargos a nivel nacional existentes por proveer, y obtuvo respuesta con oficio del 20 de marzo de 2020, recibido en su correo electrónico el 2 de abril siguiente, y le informan que en la Regional Cauca, sede Popayán, existe una vacante definitiva con el mismo código y grado al que ella participó, la cual está ocupada de forma provisional y además le informan las demás vacantes existentes a nivel nacional, por tanto se deben agotar etapas administrativas y financieras por parte del ICBF y la CNSC, sin que sea posible realizar ningún acto antes de su agotamiento.

En un segundo derecho de petición presentado el 29 de abril de 2020, solicita se realice el nombramiento en el cargo vacante por ocupar en la actualidad el primer lugar de la lista de legibles o se le nombre en uno de los cargos creados con el Decreto 1479 de 2017 en cualquier ubicación geográfica, empero no ha obtenido respuesta alguna, pese a que acusaron recibido en la misma fecha de envío, es decir el 29 de abril de 2020.

Para soportar sus argumentos, adjunta dos sentencias de tutela por hechos similares, que fueron fallados en favor de los accionantes.

Así mismo, el 12 de junio de 2020, a las 6:51 de la tarde, la accionante remite al correo institucional, escrito de ampliación de tutela, anexando copia de fallo de segunda instancia de fecha 9 de junio de 2020 del Tribunal Superior de Popayán–Sala Laboral, que confirma la sentencia de primera instancia propuesta por Ángela Cecilia Astudillo Montenegro, contra las mismas entidades accionadas en esta tutela.

Pretensión

Solicita la protección de los derechos al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso cargos públicos y se ordene al ICBF y a la CNSC que en el término de 48 horas siguientes al fallo de esta acción, realicen los trámites administrativos y se dé cumplimiento a lo ordenado en los arts. 6° y 7° de la ley 1960 de 2019 y se autorice y use la lista de elegibles de la Resolución No 20182020074485 del 18 de julio de 2018 de la CNSC por la cual proveyeron 2 vacantes del empleo identificado con el código OPEC 39066, denominado profesional

especializado, código 2028, grado 17 del sistema general de carrera administrativa del ICBF y se proceda a expedir el acto administrativo que la nombre y posesione en carrera administrativa, en una de las 591 vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017, y evitar un perjuicio irremediable.

Contestación de las Accionadas y vinculados

EL Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "ICBF", en escrito suscrito por el abogado Edgar Leonardo Bojaca Castro, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, allegó vía correo electrónico el 9 de junio de 2020 a las 5:21 p.m., lo siguiente:

Informa que se le dio respuesta de fondo y oportuna a la petición de fecha 3 de marzo de 2020, y en cuanto a la segunda petición, se encuentra dentro del término, según el artículo 5 del Decreto Legislativo No. 491 de marzo 28 de 2020, que amplía los términos para atender las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la emergencia sanitaria, ampliando los términos regulados en la Ley 1437 de 2011.

Con fundamento en las normas vigentes, el ICBF realizó los nombramientos en período de prueba de las personas que en mérito ganaron el concurso, por lo cual las dos personas ya tienen derechos de carrera por haber superado los seis meses de periodo de prueba, por ende el proceso para proveer las vacantes de la convocatoria 433 de 2016 para el empleo Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 OPEC 39066 en el que participó la accionante, ya se surtió con el nombramiento y posesión de las participantes que ocuparon los 2 primeros lugares.

En esta respuesta no se aporta el listado de todos los cargos vacantes en forma definitiva a nivel nacional, como sí lo hace el profesional Jhon Fernando Guzmán Uparela, en respuesta dada a la accionante, de fecha 20 de marzo de 2020, referente al cargo de profesional especializado código 2038, grado 17 (provista en encargo, nombramiento provisional –sin proveer–vacantes desiertas) con las que cuenta el ICBF, incluidas las creadas con el Decreto 1479 de 2017, con la correspondiente ubicación geográfica y rol, definido en el manual específico de funciones y competencias laborales, vigente para el momento de la convocatoria, es decir Resolución 4500 del 20 de mayo de 2016, relacionando en dicha respuesta con radicado No. 2020121000000077691 del 3 de marzo de 2020, que en la Regional Cauca, con sede en Popayán, existe una vacante de igual denominación, y presenta un cuadro con 59 cargos por proveer a nivel nacional, de entre los cuales hay 11 con perfil OPEC de Trabajo Social, incluida la opción en esta capital.

Por tanto, el ICBF solicita se declare improcedente la tutela, por no cumplir los requisitos de relevancia iusfundamental, subsidiariedad y perjuicio irremediable y que en el evento que se estime procedente, solicita sea negada, al no advertirse violación de derechos fundamentales por conductas atribuibles a la entidad.

A su turno la **Comisión Nacional del Servicio Civil "CNSC",** en cabeza del abogado Carlos Fernando López Pastrana, Asesor Jurídico, allegó vía correo electrónico el 9 de junio de 2020, en los siguientes términos:

Aduce que la accionante participó en el concurso de méritos convocado mediante Acuerdo 20161000001376 de fecha 5 de septiembre de 2016, para el empleo con el código OPEC No. 39066, y que, una vez superadas las fases del

concurso, se publicó la Resolución No. 20182020074485 del 18 de julio de 2018, "*Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC 39066, denominado profesional especializado, Código 2028, Grado 17 , del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF*", en la cual la accionante ocupó la tercera posición con un puntaje de 75.58 puntos.

Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019, esta tiene vigencia desde su publicación esto es, desde el 27 de junio de 2019, no tiene efectos retroactivos y su aplicación se hará para convocatorias posteriores a su entrada en vigencia.

De surgir vacancias definitivas en el empleo por renuncia, muerte del titular, entre otros, éstas deban ser provistas con los integrantes de la lista conformada para el empleo No. 39066 durante el término de vigencia de la Resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018, pero hasta el momento no existe solicitud de uso de Listas de elegibles por parte del ICBF, para proveer vacantes del empleo ofertado con el No. OPEC 39066.

En el caso que el ICBF, a la fecha, disponga de nuevas vacantes con la misma denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes (se refiere al grupo normativo de referencia sobre el cual se procesan las calificaciones de la prueba escrita para cada OPEC), deberá registrarlas en SIMO y expedir el correspondiente Certificado de Disponibilidad Presupuestal y solicitar a la CNSC el uso de listas con cobro, para que esta proceda a autorizar dicho uso y se provean definitivamente las vacantes existentes.

Solicita entonces, se declare la improcedencia de la tutela, y la desvinculación de la acción, por cuanto la entidad carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que si bien es cierto adelantó el proceso de concurso para proveer los empleos vacantes en la planta de personal del ICBF, también lo es que no tiene ninguna competencia respecto de la administración de la planta de personal de dicha entidad, pues la facultad para nombrar y retirar servidores públicos se encuentra en cabeza de su Representante legal.

Yon Gelber Borda Álvarez, vinculado de manera oficiosa a la presente acción, manifestó que la accionante pretende se haga valer los beneficios de la ley 1960 DE 2019, la cual concede ciertos socorros a futuro de los cuales busca favorecerse, para que la nombren en los cargos de planta creados en 2017, de tal forma que busca un beneficio indebido de retroactividad.

Reconoce que se le permitió acceder al concurso 433 de 2016 y se le han brindado todas la garantías dentro de un proceso en el marco jurídico que lo reglamentaba y que dentro del mismo debe reconocer que aunque haga parte de una lista de elegibles, en su momento no fue la persona con más cualidades al reunir las características ni la idoneidad requeridas para desempeñar determinado cargo por el cual participo y tan solo paso a ser parte de la lista de elegibles de un cargo que tiene una estructura de examen especifico de acuerdo con su manual de funciones, de tal forma que sería inapropiado de igual manera alegar similitud con otros, buscando beneficios personales en vacíos de la norma afectando de manera directa el interés general.

Las consecuencias directas de acceder a su solicitud, impulsaría a otros actores, con los mismos principios, a realizar similares reclamos, con afectación de toda la planta de personal creada por Decreto 1479 de 2017, no cobijado

por la convocatoria 433 de 2016, ni reglada por la ley 1960 de 2019, más cuando esta última estipula: "Artículo 7º". *La presente ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.",* por tanto no indico regir hacia atrás, además se entendía que la única forma de surtir un cargo o empleo público sería mediante concurso de méritos, y esta razón se convierte en un hecho de interés general para el país porque permite dar cumplimiento al acceso al empleo público consagrado en el art 40 numeral 7 de la Constitución, reconocido que los empleos que ostentan se configuran para una próxima convocatoria donde puede participar en igualdad de condiciones.

El **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Cauca y los Terceros interesados,** pese a estar notificados y vinculados a la presente acción, no se pronunciaron frente a los hechos.

PRUEBAS

Se allegaron al instructivo los siguientes soportes probatorios al correo institucional, en forma digital, las siguientes:

Por parte del **accionante**:

1.- Fotocopia de Cédula de ciudadanía.
2.- Acuerdo No CNSC-20161000001376 del 5 de septiembre de 2016
3. Captura de pantalla de inscripción a la convocatoria 433 de 2016.
4. Resolución No. 20182020074485 del 18 de julio de 2018 la CNSC
5. Resolución 20182230156785 de la CNSC.
6. Resolución 10709 y 10710 del 17 de agosto de 2018.
7. Petición al ICBF del 3 de marzo de 2020 y su respuesta.
8. Petición al ICBF del 29 de marzo de 2020.
9. Captura de pantalla con acuso de recibido del ICBF.
10. Criterio unificado de la CNSC sobre las listas de elegibles.
11. Decreto 1479 de 2017.
12. Sentencia No 025 de 28-04-2020 -Juzgado 2 Laboral de Popayán.
13. Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca de 18 de noviembre de 2019.

Por parte del **ICBF**:

Relación de acciones de tutela, tramitadas en contra de la entidad.

Por la **CNSC**:

1.- Resolución No. 20182230053135 del 22-05-2018.
2.- Criterio Unificado "Uso de lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019".
3.- Circulas externa No. 0001 de 2020.
4.- Acuerdo No. CNSC – 2016000001376 DEL 05-09-2016.
5.- Resolución No. 4411 de 2020 10-03-2020.
6.- Notificación control de publicaciones – CNSC – 31719 – Publicada.

El vinculado **Yon Gelber Borda Álvarez**:

Oficio S-2017-533061-8500 del 2017-10-02 y Resolución No. 8941 del 28 de septiembre de 2017.

CONSIDERACIONES

Competencia:

De conformidad con lo establecido por el artículo 86 superior y Decretos 2591 de 1991, 1382 de 2000 y 1983/17, éste Despacho con categoría de Circuito es competente para conocer y decidir, en primera instancia, la acción de amparo deprecada.

Problema Jurídico:

Determinar si el ICBF y la CNSC, han vulnerado los derechos fundamentales al Debido proceso, Igualdad, Trabajo y Acceso a cargos públicos invocados por la accionante, así como el derecho de Petición, al no realizar su nombramiento en un cargo igual a aquel para el que concursó, que se encuentra vacante, por la omisión de aplicar la prórroga de la lista de elegibles, conforme lo establece la Ley 1960 de 2019.

En este contexto, se hará un análisis sobre (i) la Procedencia de la acción de tutela (ii) Procedencia de la tutela para controvertir actos administrativos expedidos en concurso de méritos; Derechos invocados y iii) resolución del caso concreto.

(i) Procedencia de la acción de tutela.

Legitimación en la causa:

Por activa:

La actora es persona natural, mayor de edad con plenas facultades, quien interviene en procura de la protección de derechos de rango fundamental.

Por pasiva:

El ICBF y la CNSC son entidades públicas, al igual que el vinculado ICBF Regional Cauca, respecto de las cuales se aduce la vulneración de derechos fundamentales, actuaron a través de su apoderado judicial y en forma personal, cada uno legalmente autorizado para representar sus intereses en sede judicial.

El vinculado Yon Gelber, aduce que la decisión que se adopte, también repercute en lo que a él concierne, o en los que estén en situación similar.

(ii) Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos. Sentencia T -090 de 2013.

"3.1. … *la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional.*

3.2. *No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización*

a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Entonces, procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.

La Corte ha aplicado ésta última subregla cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar. En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado".

Convocatoria como norma reguladora del concurso de méritos.

… "el concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional (artículo 29 Superior).

Para cumplir tal deber, la entidad encargada de administrar el concurso de méritos elabora una resolución de convocatoria, la cual contiene no sólo los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos para los cuales se efectúa el concurso, sino que también debe contener los parámetros según los cuales la misma entidad administrativa debe someterse para realizar las etapas propias del concurso, así como la evaluación y la toma de la decisión que concluye con la elaboración de la lista de elegibles. Hacer caso omiso a las normas que ella misma, como ente administrador expida, o sustraerse al cumplimiento de éstas, atenta contra el principio de legalidad al cual debe encontrarse siempre sometida la administración, así como también contra los derechos de los aspirantes que se vean afectados con tal situación.

Sobre el tema la Sala Plena al asumir el estudio de varias acciones de tutela formuladas contra el concurso público de méritos que se adelantó para proveer los cargos de notarios en el país, mediante sentencia SU-913 de 2009, consignó que (i) las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de derechos fundamentales; (ii) a través de las reglas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada; (iii) se quebranta el derecho al debido proceso y se infiere un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. En este punto, esta Sala de Revisión estima que si por factores exógenos las reglas del concurso varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones que hacen parte integral de la convocatoria inicial, deben ser plenamente conocidas por las partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para

acceder a un cargo de carrera administrativa; y, (iv) cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la personas que ocupa en ella el primer lugar detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior, que no puede ser desconocido.

4.4. Entonces, a manera de síntesis, la Sala concluye que la resolución de convocatoria se convierte en la norma del concurso de méritos y, como tal, tanto la entidad organizadora como los participantes deben ceñirse a la misma. En caso de que la entidad organizadora incumpla las etapas y procedimientos consignados en la convocatoria, incurre en una violación del derecho fundamental al debido proceso que les asiste a los administrados partícipes, salvo que las modificaciones realizadas en el trámite del concurso por factores exógenos sean plenamente publicitadas a los aspirantes para que, de esta forma, conozcan las nuevas reglas de juego que rigen la convocatoria para proveer los cargos de carrera administrativa".

De los derechos al acceso a cargos públicos y al trabajo

"*La jurisprudencia ha señalado que el derecho a acceder a un cargo público consiste en la prerrogativa que tiene toda persona de presentarse a concursar, luego de haber acreditado los requisitos previstos en la respectiva convocatoria, y, una vez superadas las etapas del concurso, a evitar que terceros restrinjan dicha opción. Ciertamente, el ámbito de su protección se circunscribe a (i) "la posesión [hace referencia al acto de posesión en un cargo público] de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo", (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para posesionar a la persona que ha cumplido con las exigencias previstas por el concurso, (iii) la facultad del concursante de elegir de entre las distintas opciones de cargos públicos disponibles, de ser el caso, aquella que más se ajuste a sus preferencias y (iv) la prohibición de "remover de manera ilegítima" a una persona que ocupa un cargo público".*

En relación con el acceso a los cargos públicos, la jurisprudencia ha indicado que dicha garantía se materializa en cabeza del ganador del concurso, a quien le asiste el derecho a ser nombrado en el cargo para el cual concursó, una vez ha superado satisfactoriamente las pruebas aplicadas en la convocatoria. Es, precisamente, en este supuesto que el carácter subjetivo del derecho al trabajo logra concretarse con certeza a favor del triunfador. Lo anterior significa que "la vulneración del derecho al trabajo se produce cuando una acción u omisión arbitraria de las autoridades limita injustificadamente el ejercicio de una actividad laboral legítima".

El Debido proceso

El respeto al debido proceso involucra "los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria, el derecho de impugnación, y la garantía de publicidad de los actos de la Administración". Esto significa el deber de la entidad administradora del concurso de (i) fijar de manera precisa y concreta las condiciones, pautas y procedimientos del concurso, (ii) presentar un cronograma definido para los aspirantes[95], (iii) desarrollar el concurso con estricta sujeción a las normas que lo rigen y, en especial, a las que se fijan en la convocatoria, (iv) garantizar "la transparencia del concurso y la igualdad entre los participantes", (v) asegurar que "los participantes y otras personas que eventualmente puedan tener un interés en sus resultados, tienen derecho a ejercer control sobre la forma como se ha desarrollado" y (vi) no someter a los participantes a una espera indefinida y con dilaciones injustificadas. En tales términos, esta Corte ha indicado que la acción de

tutela procede únicamente ante la necesidad de "adoptar las medidas que se requieran para que las personas que se consideren afectadas por las irregularidades detectadas en un concurso, puedan disfrutar de su derecho.

El derecho a la igualdad

"El artículo 13 superior establece que "*Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan".

En el marco de un concurso de méritos, el derecho a la igualdad adquiere una connotación especial, pues según lo previsto por el artículo 40 Superior, todo ciudadano tiene derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, de manera que debe garantizarse que quienes participan en un concurso tengan las mismas oportunidades para acceder al cargo ofertado. Solo de esta manera se puede asegurar la transparencia que debe regir en este tipo de procesos y cumplir con su objetivo, es decir, que se elija a la persona que se encuentre mejor capacitada para desempeñar el cargo".

El Derecho de petición.

Para la protección del derecho de petición contenido en el artículo 23 superior, el ordenamiento jurídico colombiano no tiene previsto un medio de defensa judicial idóneo ni eficaz diferente a éste, de modo que quien resulte afectado por la vulneración a este derecho fundamental no dispone de ningún mecanismo ordinario de naturaleza judicial que le permita efectivizarlo. Por esta razón, quien encuentre que la debida resolución a sus derechos no fue producida o comunicada dentro de los términos que la ley señala, esto es, que se quebrantó su garantía fundamental, puede acudir directamente a esta acción.

Ahora, el artículo *5º del Decreto Legislativo No. 491 del 28 de marzo de 2020 dispone: "Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo* 14 de la Ley 1437 de 2011, *así: "Salvo norma especial toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:*

(i) Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los veinte (20) días siguientes a su recepción.

(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción."

(ii) Caso concreto

El presente asunto aborda la situación de una ciudadana que participó en un concurso de méritos convocado por el ICBF, -Convocatoria 433 de 2016-,

donde ocupó el tercer lugar, pero que luego de posesionadas quienes ocuparon los dos primeros puestos, pasó a ocupar el primer lugar en la lista de elegibles.

Casi que en el mismo tiempo, por Decreto 1479/17 el ICBF avoca una reorganización interna, y se crean más de medio centenar de cargos ya de carácter permanente, de similares características al optado por la accionante en la susodicha convocatoria.

Luego se expide la Ley 1960/19 que modificó la Ley 909/04, y uno de sus artículos crea una controversia sobre la forma de utilizar la lista de elegibles, entonces la Comisión Nacional del Servicio Civil expide un criterio unificado sobre el manejo que debe darse a la lista de elegibles, de suerte que uno de los planteamientos centrales para que no se acceda al petitum de la accionante, -ser nombrada en uno de esos cargos- es que la nueva Ley no tiene efectos retroactivos, sino que rige hacia el futuro.

Cabe señalar que tutelas como la presente, se han adelantado en varios despachos judiciales, fallos que la accionante ha traído a la palestra, como forma de fundamentar que le asiste razón en el caso en particular, máxime la inminencia de la fecha de expiración de la lista de elegibles para el mes de Julio del presente año.

Y es que la Litis no es de poca monta, si reparamos que el tema de la aplicación correcta de un Concurso de méritos afecta el devenir de tantas personas que concurren, y luego de pasar los diversos filtros aspiran a que, estando en lista de elegibles y cuando se dé la oportunidad, sean tenidas en consideración.

Lo anterior, para lograr que el personal más idóneo y preparado asuma las funciones que un cargo requiere, y como forma también de que la estructura del Estado tenga como principio el **Mérito**, -artículo 125 superior- por encima de cualquier consideración de orden clientelista, que la mayor de las veces permea nuestras instituciones.

Es desde esta perspectiva que hay que realizar la lectura del presente caso, para de esa forma materializar ese amplio catálogo de derechos que tiene la Carta, pero que tantas veces se quedan en la teoría y en una mera expectativa, por cuanto este Concurso de méritos no ha estado ajeno a las vicisitudes, ya de orden jurídico, en cuanto atañe a la interpretación de normas, o de orden práctico, *como es que las directivas no asuman a plenitud el nuevo orden.*

Esto último se avala, porque previo a la interposición de la tutela, la accionante elevó ante el ICBF, sendos derechos de petición, del 3 de marzo y 29 de abril de 2020. En la primera, la accionada contestó que existe en esta Regional una vacante, con las mismas características para la que concursó, según lo da a conocer el abogado Jhon Fernando Guzmán, Director de Gestión Humana (E) del ICBF, respecto a las vacantes definitivas del empleo Profesional Especializado Código 2028 grado 17 con las que cuenta el ICBF, incluidas las creadas con el Decreto 1479 de 2017, en la Regional Cauca, sede Popayán, de que existe una vacante de igual denominación, y presenta un cuadro relacionando un total de 59 cargos por proveer a nivel nacional, de entre los cuales hay 11 con perfil OPEC de Trabajo Social, incluida la opción de la ciudad de Popayán.

Entonces, tal como lo consignó la CNSC, en su respuesta de tutela, de existir dicha vacante, "*el ICBF deberá registrarlas en SIMO y expedir el*

correspondiente Certificado de Disponibilidad Presupuestal y solicitar a la CNSC el uso de listas con cobro, para que esta proceda a autorizar dicho uso y se provean definitivamente las vacantes existentes".

De igual manera, la CNSC aclara que hasta el momento no existe solicitud de uso de Listas de Elegibles por parte del ICBF, para proveer vacantes del empleo ofertado con el No. OPEC 39066.

De suerte, entonces, que existiendo la vacante, el ICBF debió obrar de conformidad, y no proveer de manera provisional un cargo para el cual existe una lista de elegibles, emanado de un concurso de méritos –convocatoria 433/16- que se encuentra vigente.

De ahí que, consecuente con la respuesta ofrecida en la primera petición, la accionante elevó un segundo escrito tendiente a que fuera nombrada en cargo similar al cual concursó y que se encuentra vacante, empero hasta la fecha no ha obtenido respuesta, con el argumento que el Decreto Legislativo No. 491 del 28 de marzo de 2020, artículo 5, amplió los términos para dar respuesta a las peticiones, y a la fecha de contestación de la acción -9 de junio de 2020-, aún se encontraba dentro del término legal para hacerlo.

Empero, según lo normado en dicho Decreto "*Salvo norma especial, toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción*", se observa que a la fecha el término se encuentra vencido, si se acota que la entidad acusó recibo el 29 de abril de 2020, feneciendo dicho término el 12 de junio pasado.

Visto pues que el derecho de Petición no tuvo vocación de prosperidad, y agotando un camino previo, la accionante enfiló baterías por medio de la acción de tutela, de suerte que hay que analizar si se cumplen los presupuestos de inmediatez y subsidiariedad, o si existiendo un mecanismo judicial común que proteja los derechos invocados, no sea útil, dada la presencia de un perjuicio irremediable.

Sobre la ***Inmediatez***, se observa que la accionante propuso la acción dentro de un término razonable, atendida la cronología de la secuencia normativa, en especial, cuando dada la interpretación suscitada por la forma de aplicación de Lista de elegibles, la CNSC emitió un criterio orientador que, incluso el Tribunal Administrativo del Valle en la tutela que dirimió, no aplicó por inconstitucional, amén de que en forma previa –en marzo y abril de este año- agotó el camino de hacer valer sus prerrogativas por medio del derecho de Petición.

En cuanto a la ***Subsidiariedad****,* si bien existe el camino del proceso administrativo de nulidad y restablecimiento de derechos, lo cierto es que en la práctica se presentan dos obstáculos: el uno, que dada la situación actual de salud, esta clase de procedimientos está temporalmente suspendido, de suerte que sería inane provocarlo, y mucho menos solicitar una medida provisional de suspensión del acto administrativo.

Y lo segundo, es que el término de duración del registro de elegibles está muy próximo a fenecer -julio de 2020-, con lo cual la anterior alternativa no tendría ninguna razón de ser, aspecto que le impediría acceder al empleo público, y por ende, derivaría en un ***Perjuicio irremediable*****.**

Si en gracia de discusión la accionante tomara el camino del proceso administrativo, a buen seguro el ICBF estará preparando el terreno para el próximo concurso de méritos y dada la duración de aquel proceso, la

accionante tendría que confrontar su derecho con el futuro registro de elegibles, con total distorsión de la eficacia de la norma.

De otro lado, se ha argumentado que una de las razones para no proceder a conceder el derecho a la accionante, es que la Ley 1960 de 2019 no tiene carácter retroactivo, como forma de eludir que es menester tener en consideración la lista de elegibles que emana de la convocatoria No. 433 de 2016, sin embargo el artículo 6 de dicha Ley prevé que de la lista de elegibles y en estricto orden de mérito, se cubrirán las vacantes para las que se efectuó el concurso y "*las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad"*,

En este evento es indudable de que se trata de una vacante definitiva de un cargo para el que concursó la accionante, aspecto que no es objeto de discusión y aunque surgió con posterioridad a la convocatoria, está en el derecho de que se le nombre en cualquiera de los nuevos cargos similares al que concursó, sin que la norma haga alusión a que solo aplica para aquellos registros de elegibles posteriores a su vigencia. Una tesis distinta implica un abierto desconocimiento del debido proceso.

Igualmente se debe tener en cuenta que el registro de elegibles, como acto administrativo, tiene como finalidad, establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración y su desconocimiento acarreará consecuencias adversas a quienes lo desconozcan.

Si los argumentos anteriores no fueren convincentes, el Despacho acoge los expuestos en tutelas de iguales características, proferida la una el 18 de noviembre de 2019 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, que revocó la emitida por el Juzgado veintiuno administrativo oral de Cali -en contra de las mismas accionadas-, decisión que amparó el derecho de aquellos integrantes que hacían parte del registro de elegibles, contenido en la Res. CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018.

Y la otra, de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Popayán, que en reciente providencia del 9 de junio de 2020, confirmó la decisión de 28 de abril de 2020 del Juzgado Segundo Laboral de esta capital, radicado No. 19001310500220200072, accionante Ángela Cecilia Astudillo Montenegro contra el ICBF y la CNSC, en hechos y pretensiones de similar connotación, decisiones que reposan en este trámite constitucional.

Sobre el particular, no es de recibo para la Judicatura, la tesis de que las anteriores sentencias no puedan tomarse como precedente, pues según la contraparte, debe esperarse el pronunciamiento final de la Corte Constitucional, sin reparar que para tomar esta decisión, como la de los citados fallos, se lo ha hecho con sustento en jurisprudencia emitida por dicha Corporación.

Ahora, pese a que la accionante no invocó, entre los derechos pretermitidos, el de petición, observa el Despacho que este se encuentra vulnerado por parte del ICBF, al no ofrecer hasta la fecha, respuesta clara, de fondo y oportuna a la petición presentada por la accionante el 29 de abril de 2020, empero, por la posición ofrecida en sede de tutela, a buen seguro la respuesta sería negativa, de suerte que la susodicha omisión, se subsana con la decisión que en seguida se ofrece.

La misma se contrae a que se tutelarán los derechos fundamentales de la accionante cuya protección invoca y por tanto se ordenará al **ICBF** que: (i) dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes de notificada esta decisión, proceda a registrar las vacantes creadas con el Decreto 1479 de 2017 y respecto del registro de elegibles contenido en la Resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018, cargos Código OPEC N° 39066 denominado Profesional especializado, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF, en el SIMO y expida el correspondiente Certificado de disponibilidad presupuestal, solicitando a la CNSC el uso de listas con cobro, sin que pueda exceder de ocho días calendario. (ii) La **CNSC** una vez el ICBF cumpla con lo anterior, procederá a elaborar y autorizar el uso de la lista de elegibles dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento para optar y una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los cinco (5) días siguientes al ICBF que deberá nombrar a la aspirante dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo de las listas, observando en todo caso el estricto orden de mérito.

De capital importancia es hacer notar a las accionadas, que deben obrar con total **diligencia**, y de manera **coordinada**, dado que el término de vigencia de la lista de elegibles del concurso de méritos de la convocatoria 433/16, fenece en el mes de Julio del corriente año, sin que sea de recibo que por trámites de orden burocrático, las expedición de los actos respectivos superen la fecha límite de su vigencia.

Finalmente, se procederá a la desvinculación del ICBF Regional Cauca, en el entendido de que las decisiones atinentes al tema que nos ocupa, está centralizado en la Sede Nacional, en cabeza de su Directora.

De igual manera, se procederá con Yon Gelber Borda Álvarez, toda vez que se extracta de la foliatura que es un profesional que presta sus servicios en la Regional ICBF del Casanare, y como nombrado en provisionalidad se opone se provean cargos de lista de elegibles, empero la decisión adoptada en este fallo tiene incidencia particular en la Regional Cauca.

En virtud de lo expresado, el JUZGADO SEGUNDO PENAL PARA ADOLESCENTES con FUNCION DE CONOCIMIENTO de POPAYAN, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECLARAR PROCEDENTE la acción de tutela presentada por OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA que se identifica con CC No. 31.490.902 de Zarzal, Valle, contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC-.

SEGUNDO: TUTELAR los derechos fundamentales al Debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos a favor de OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA.

TERCERO: ORDENAR al **ICBF** que: (i) dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes de notificada esta decisión, proceda a registrar las vacantes creadas con el Decreto 1479 de 2017 y respecto del registro de elegibles contenido en la Resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018, cargos Código OPEC N° 39066 denominado Profesional especializado, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF, en el SIMO y expida el correspondiente Certificado de disponibilidad presupuestal, solicitando a la CNSC el uso de listas con cobro, sin que pueda exceder de ocho días

calendario. (ii) La **CNSC** una vez el ICBF cumpla con lo anterior, procederá a elaborar y autorizar el uso de la lista de elegibles dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento para optar y una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los cinco (5) días siguientes al ICBF que deberá nombrar a la aspirante dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo de las listas, observando en todo caso el estricto orden de mérito.

Se insta a las accionadas, que obren con total **diligencia**, y de manera **coordinada**, dado que el término de vigencia de la lista de elegibles del concurso de méritos de la convocatoria 433/16, fenece en el mes de Julio del corriente año, sin que sea de recibo que por trámites de orden burocrático, las expedición de los actos respectivos superen la fecha límite de su vigencia.

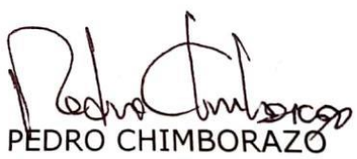
CUARTO: DESVINCULAR al ICBF Regional Cauca, en el entendido de que las decisiones atinentes al tema que nos ocupa, está centralizado en la Sede Nacional, en cabeza de su Directora. De igual manera, se procederá con el profesional Yon Gelber Borda Álvarez, por las consideraciones precedentes.

QUINTO: NOTIFÍQUESE a las partes y vinculado la presente decisión, a los correos electrónicos suministrados por aquellos.

SEXTO: Si esta decisión no fuere impugnada dentro de los tres días siguientes a su notificación, se remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

El Juez,



PEDRO CHIMBORAZO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE:
DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

IMPUGNACIÓN DE TUTELA No. 2020-00178-01 (193)

San Juan de Pasto, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Se procede a decidir la impugnación interpuesta por la accionante, contra el fallo proferido el 12 de agosto de 2020, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto (Nar), mediante el cual negó el amparo deprecado por improcedente y ausencia de vulneración de derechos fundamentales reclamados por activa.

I.- ANTECEDENTES

1.1 HECHOS Y PRETENSIONES

Mediante escrito visible entre folios 1 a 7 del expediente digital de primera instancia, la señora **LUZ ELENA MARTINEZ RECALDE,** instauró acción de tutela en contra de la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC** y el **INSTITUTO NACIONAL DE BIENESTAR FAMILIAR,** por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso, acceso a la carrera administrativa basada en el mérito y petición, buscando que por medio de este trámite breve y sumario, se ordene a la accionada, la nombre en periodo de prueba en la vacante OPEC 35869 en el cargo Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 11, en la Regional Nariño, Municipio de Pasto, teniendo en cuenta el resultado de la audiencia virtual de escogencia de ubicación geográfica cumplida el 2 de junio de 2020.

Refiere la señora LUZ ELENA MARTINEZ REALPE, que participó y fue admitida dentro de la Convocatoria 433 de 2016, reglada mediante acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, para ocupar las tres (3) vacantes del cargo identificado como OPEC 35869, Técnico Administrativo, Código 3124 Grado 11 en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF

Que presentó y superó todas las pruebas del concurso de méritos, ocupando el quinto lugar dentro de la lista de elegibles con un puntaje definitivo de 72,49, según Resolución No. CNSC-20182230073755 del 18 de julio de 2018, acto administrativo que quedó en firme el 31 del mismo mes y año, cuya vigencia fenece el 31 de julio de 2020.

Que mediante Resolución No. 103224 del 17 de agosto de 2018, el ICBF, nombró en periodo de prueba a los tres primeros integrantes de la lista de elegibles, sin embargo, a través del artículo segundo del Decreto 1479 de 2017, el ente accionado, crea nuevos empleos en su planta de personal de carácter permanente, entre los cuales se encuentran 48 vacantes para el cargo nivel técnico administrativo código 3124 grado 11, para cuyo nombramiento debe observarse las directrices del Decreto 1479 de 2017, modificado por la ley 1960 de 2019, que propenden por el mérito y respeto absoluto a la lista de elegibles.

Señaló que el día 2 de junio del hogaño, llegó a su correo electrónico luzmartinez.1976@gmail.com, misiva del ICBF con la cual, le informaron sobre la existencia de dos vacantes disponibles para el cargo con código OPEC 35869 y adicionalmente, le solicitaron, manifestarse si escogía alguna de ellas, advirtiéndole que si no respondía, se le asignaría en estricto orden de mérito en el Centro Zonal o Grupo Interno de Trabajo.

Que, en respuesta a lo anterior, la accionante optó por la vacante ""…*Regional: Nariño, Municipio OPEC 35869: Pasto, Dependencia OPEC 35869: C.Z. Pasto 2, Cargo: Técnico Administrativo, Código: 3124, Grado: 11*", sin embargo, relata que, cumplido el trámite de audiencia virtual en la primera semana de junio de 2020, hasta la fecha no ha sido nombrada en periodo de prueba.

Que la actora mediante llamada telefónica, se comunicó con el Dr. John Fernando Guzmán Uparela, Director de Gestión Humana del ICBF, quien le indicó que debía esperar a que se realicen los nombramientos a nivel nacional, puesto que la OPEC 35869 no era la única a proveer, adicionalmente, ante el vencimiento de la lista de elegibles, le señalaron que el ICBF se encontraba dentro del término para realizar los nombramientos.

Manifestó que, en la página de la accionada, reposan distintas resoluciones con las cuales se efectúan sendos nombramientos, en especial, la Resolución No. 3794 del 10 de junio de 2020, publicada el 24 de julio de 2020, por la cual nombran en periodo de prueba a la señorita CANDIDA SUSANA TABLA ROJAS, quien la antecede en la lista de elegibles y cuyo nombramiento fuese autorizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil con oficio No. 2020102427371 del 28 de mayo de 2020, resolución en la cual, también reposa su nombre y asignación del cargo a ocupar.

Finalmente adujo que, por lo anterior, elevó ante el ICBF por correo electrónico en data 7 de julio de 2020, solicitud de nombramiento en periodo de prueba, sin que hasta la fecha exista respuesta frente a la misma o se haya proferido su nombramiento, desconociendo en su caso, el plazo máximo de diez días hábiles, con el que cuenta la entidad para realizar el nombramiento.

1.2.- CONTESTACIÓN DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS

1.2.1. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

CARLOS FERNANDO LÓPEZ PASTRANA, Asesor Jurídico de la entidad, mediante escrito datado el 4 de agosto de 2020 (fls. 65 a 68 cuaderno digital de primera instancia), solicitó declarar configuración de carencia actual de objeto por hecho superado, así como también, la desvinculación de la entidad por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Como sustento de lo anterior, señaló que el 25 de mayo de 2020, la CNSC mediante radicado No. 20201020427371 del 22 de mayo de 2020, remitió ante el ICBF, autorización para el uso de la Lista de Elegibles para proveer dos vacantes para el empleo 35869 dentro de la Convocatoria 433 ICBF, sin que le asistan más obligaciones frente al tema, pues carece de competencia frente a la administración de plantas de personal, según lo establece el Decreto 648 de 2017, siendo esto del resorte del ICBF.

1.2.2 INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF

EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO, Jefe dela Oficina Asesora Jurídica de la entidad, mediante escrito obrante entre folios 78 a 84 del expediente digital de primera instancia, solicitó declarar la improcedencia de la acción constitucional por vulneración al principio de subsidiaridad y no existir vulneración de derechos fundamentales.

El representante judicial señaló que actualmente, la entidad está haciendo uso directo de las listas de elegibles conforme a los procedimientos establecidos en la Ley 909 de 2004, Decreto 1083 de 2015 (artículo 2.2.6.21) y Acuerdo 562 de 2016 de la CNSC (artículo 11), en consonancia con el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 para la aplicación de la Ley 1960 de 2019, emitido también por la Comisión, para el nombramiento en periodo de prueba de las diferentes vacantes de la entidad.
Así, para el caso en concreto, relató que a través de Oferta Pública de Empleos de carrera No. 35869, se ofertaron tres (3) vacantes para el empleo nominado TECNICO ADMINISTRATIVO, CÓDIGO 3124, GRADO 11, CUYA UBICACIÓN GEOGRÁFICA ERA

LA REGIONAL NARIÑO, PASTO, los cuales fueron cubiertos por los tres primeros integrantes de la lista de elegibles concentrada en la Resolución No. 20182230073755 de 18 de julio 2018, en la cual, iteró, la accionante se ubicaba en la posición No. 5., quedando pendiente, la autorización de la CNSC para el uso de la lista de elegibles ante la renuncia de la segunda en lista, Johana Pinchao Burbano, para proceder con el nombramiento en propiedad.

De igual manera, que previo a lo anterior, se solicitó autorización ante la CNSC para usar la lista de elegibles de la Convocatoria 433, para proveer en periodo de prueba, dos cargos vacantes definitivos en virtud del Decreto No. 1479 de 2017, localizados en el centro zonal Pasto, dentro de la OPEC 35869, y ante la autorización; se surtió con las personas que ocupaban los cargos 4 y 5, en la que se incluye a la accionante, audiencia virtual de escogencia del cargo y se remitió al correo electrónico reportado en el SIMO, el formato de autorización de consulta de inhabilidades por delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, en cumplimiento a lo establecido en los artículos 4 y 5 de la ley 1918 de 2018.

Que pasado el término de diez (10) días hábiles para la remisión de dicha autorización, la misma no fue allegada por la accionante, LUZ ELENA MARTINEZ RECALDE, razón por la cual, no fue posible su nombramiento, sin que pueda por esto, señalarse la vulneración a los derechos fundamentales reclamados, en tanto se está cumpliendo las directrices legales y constitucionales para los nombramientos.

1.2.3 PROCURADURÍA 12 JUDICIAL DELEGADA PARA ASUNTOS DEL TRABAJO, INTEGRANTES DE LA LISTA DE ELEGIBLES CONTENIDA EN RESOLUCIÓN No. CNSC-20182230073755 DEL 18 DE JULIO DE 2018, CONVOCATORIA NO. 433 DE 2016- ICBF, TERCEROS INTERESADOS Y EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD Y/O CUALQUIER OTRA MODALIDAD DE VINCULACIÓN CARGO OPEC 35869.

Pese a estar debidamente notificados, tal como consta a 57 y 58 del cuaderno digital de primera instancia y en los enlaces web:

- https://www.icbf.gov.co/system/files/65_tutela_luz_elena_martinez_recalde.pdf
- https://www.cnsc.gov.co/index.php/acciones-constitucionales-433-de-2016-icbf[1]

Los vinculados guardaron silencio y no ejercieron su derecho de defensa y contradicción.

1.3.- TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

[1] Revisión realizada el día 11 de septiembre de 2020.

El conocimiento de la presente acción de tutela fue asumido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto (N.), a través de auto de fecha 30 de julio de 2020 (fls. 53 a 56), autoridad que negó la medida provisional solicitada y vinculó al trámite constitucional a la Procuraduría 12 Judicial Delegada para asuntos del Trabajo, a los integrantes de la lista de elegibles contenida en Resolución No. CNSC-20182230073755 del 18 de julio de 2018, dentro de la convocatoria No. 433 de 2016- ICBF, a terceros interesados y a los empleados en provisionalidad y/o cualquier otra modalidad de vinculación frente a los cargos ofertados en la convocatoria con código OPEC 35869.

Luego mediante, sentencia calendada 12 de agosto de 2020 (fls. 105 a 113), negó el amparo propuesto por la señora LUZ ELENA MARTINEZ RECALDE, por vulneración del principio de subsidiaridad y por ausencia de vulneración, al considerar que la omisión de la accionante en la remisión del formato de autorización de consulta de inhabilidades por delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, impidieron continuar con el proceso de nombramiento.

1.4.- OBJETO DE LA IMPUGNACIÓN

La accionante mediante memorial obrante entre folios 122 a 138 del expediente digital de primera instancia, impugna el fallo de primera instancia, al señalar que desconoce el correo electrónico que considera el ICBF, remitió el 31 de mayo de 2020, solicitando la autorización para consulta de inhabilidades por delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, que sustenta la negativa en su nombramiento, aportando como prueba de ello, sendas fotografías del correo electrónico personal **luzmartinez.1976@gmail.com**

En consecuencia, señala que la vulneración se mantiene en tanto el ICBF pese a todos sus requerimientos elevados y que demuestran su interés por ocupar el cargo en el concurso de méritos, no le señalaron la falta de la documentación ni le otorgaron oportunidad para corregir.

De igual manera, en memorial allegado a esta instancia el 3 de septiembre de 2020, la accionante reitera lo anterior y señala, además, que le fue notificada la resolución No. 4667 del 26 de agosto de 2020, mediante la cual el ICBF resolvió abstenerse de nombrarla en periodo de prueba, fundamentando su decisión en la no entrega de la autorización ya referida.

II.- CONSIDERACIONES

2.1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta la impugnación propuesta por la accionante, corresponde a esta Corporación determinar si el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso, acceso a la carrera administrativa basada en el mérito y petición de la señora LUZ ELENA MARTINEZ, al negarse a nombrarla en periodo de prueba en la vacante optada por la accionante el 2 de junio de 2020, identificada con OPEC No. 35869, Cargo: Técnico Administrativo, Código: 3124, Grado: 11 localizado en la Regional Nariño, Municipio de Pasto.

2.2.- CASO CONCRETO Y SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

Para resolver el problema planteado, es necesario advertir, que de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, se reviste a toda persona del derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo, cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

Y aunque en la sentencia SU-913 de 2009, al analizar el tema de la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de quienes participan en concurso de méritos, se señaló que "*(…) se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata",* con la expedición de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A.), exige a la Sala, de encontrar probada la vulneración, determinar si el proceso ordinario goza de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales reclamados[2], puesto que "*…la participación en un concurso no genera un derecho adquirido, sino una expectativa respecto del empleo por el cual se optó, de forma que ante cualquier eventual irregularidad corresponde su debate al juez natural y no al constitucional, que como se sabe tiene una competencia residual, y por tanto, limitada únicamente cuando se advierte la violación de derechos superiores*"[3], es decir, la acción de tutela es plausible para controvertir procesos de concurso, si se verifica la afectación de derechos fundamentales y la falta de idoneidad del mecanismo de protección ordinario.

[2] Corte Constitucional. Sentencia T-441 de 2017. M.P. Dr. Alberto Rojas Rios.
[3] Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral . Sentencia No. STL2243-2018, radicación No. 78559 del 14 de febrero de 2018. M.P. Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas.

Así las cosas, en el asunto que hoy convoca a la Sala, la señora LUZ ELENA MARTINEZ, quien participó en el proceso de convocatoria de méritos No. 433 de 2016 – ICBF, ocupando el puesto No. 5 de la lista de elegibles para el cargo identificado con código OPEC No. 35869, Cargo: Técnico Administrativo, Código: 3124, Grado: 11 localizado en la Regional Nariño, Municipio de Pasto[4], acude a este mecanismo constitucional en procura de que le sean amparados sus derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso, acceso a la carrera administrativa basada en el mérito y petición, que considera conculcados por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, al negarse a nombrarla en periodo de prueba en el cargo vacante optado y ratificado en audiencia pública del 8 de junio de 2020 (fl. 93).

Petición que rechazan las accionadas, en especial el ICBF, cuando sustenta que la negativa en el nombramiento en periodo de prueba de la actora, obedece a la omisión que la accionante presentó frente al requerimiento elevado por la entidad, mediante correo electrónico de fecha 31 de mayo de 2020 y que propendía por la autorización para validar y consultar si la accionante se encuentra inscrita en el registro de inhabilidades por delitos sexuales cometidos contra personas menores de edad, requisito concentrado en los artículos 4 y 5 de la ley 1918 de 2019[5].

Ahora bien, pese a que esta justificación resultó adecuada y suficiente para el A quo, quien negó el amparo deprecado; esta corporación no puede desconocer que la señora LUZ ELENA MARTINEZ, sustenta su escrito de impugnación, en la no recepción del correo enunciado, solicitando para tal efecto que se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, exhiba la constancia del envío y la prueba del acuse de recibo del correo electrónico que le fue enviado el 31 de mayo de 2020 para determinar fecha, día y hora de cuándo fue enviado.

Planteada así la disyuntiva, contrario a lo reseñado por el A Quo y el sentir del ICBF, los derechos fundamentales de la accionante, serán objeto de amparo, en tanto se encuentra demostrada su afectación y vulneración, tal como pasa a exponerse a continuación:

En primer lugar, porque pese a que el ICBF aportó en su defensa, prueba del correo electrónico remitido a la accionante, obrante a folios 85 y 86 del expediente digital, que curiosamente señala día domingo 31 de mayo de 2020 a las 16:09 horas, el cual no

[4] RESOLUCIÓN No. CNSC-20182230073755 DEL 18-07-2018 "Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer tres (3) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 35869, denominado Técnico Administrativo, Grado 3124, Grado 11, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016

[5] Ley 1918 del 12 de julio de 2019. *Por medio de la cual se establece el régimen de inhabilidades a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales cometidos contra menores, se crea el registro de inhabilidades y se dictan otras disposiciones.*

cumple a cabalidad con las exigencias establecidas en el Decreto 491 de 2020[6], en tanto, no existe prueba que permita inferir la entrega del correo electrónico, ni en el texto se señala una fecha o plazo perentorio para la remisión de la documentación solicitada, requisitos con los cuales, se desplazaría la carga procesal a la accionante, a quien en este momento se encuentra amparada por la presunción de buena fe.

Se recuerda que el artículo 4 del Decreto 491 de 2020, considera como deber de la autoridad pública al momento de comunicar o notificar los actos administrativos, verificar la fecha de entrega y recepción de la comunicación:

> ***Artículo 4. Notificación o comunicación de actos administrativos.*** *Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, la notificación o comunicación de los actos administrativos se hará por medios electrónicos. (…)*
>
> *El mensaje que se envíe al administrado deberá indicar el acto administrativo que se notifica o comunica, contener copia electrónica del acto administrativo, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.* ***La notificación o comunicación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración. En el evento en que la notificación o comunicación no pueda hacerse de forma electrónica, se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 67 y siguientes de la Ley 1437 de 2011."*** En negrillas fuera del texto

Directrices éstas, que propenden por garantizar el debido proceso, derecho de defensa y contradicción, convirtiéndose en imperativos para nuestro estado social y constitucional de derecho.

Así las cosas, al verificar que el mencionado correo sin prueba de entrega o recepción, sustenta la Resolución No. 4667 del 26 de agosto de 2020[7] (fls. 21 a 24 del cuaderno digital de segunda instancia), por la cual el ICBF se abstiene de nombrar a la actora en periodo de prueba, lo único plausible para finiquitar la vulneración de los derechos reclamados, es dejar tal acto administrativo sin efectos jurídicos.

En segundo lugar, está probada la vulneración, en tanto la accionada, impidió a la actora allegar la autorización de verificación de inhabilidades requerida, pues hasta la fecha de

[6] Decreto 491 de 2020. Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica»

[7] Resolución No. 4667 del 26 de agosto de 2020 "Por medio de la cual el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, se abstiene de efectuar un nombramiento en periodo de prueba"

emisión del acto administrativo de abstención, 26 de agosto de 2020, no le comunicó tal exigencia, pese a que la accionante previo a este trámite constitucional, le presentara dos derechos de petición, el primero verbal, que no fue objeto de controversia y el segundo, arribado en la entidad, el 7 de julio de 2020 tal como reposa a folios 38 a 44 del expediente tutelar, quedando registrada bajo con el ID de solicitud No. 148489, ni tampoco le otorgó tal posibilidad, en su escrito de contestación a la acción constitucional.

En tercer lugar, porque aunque la accionante se encuentra posibilitada para ejercer los recursos administrativos pertinentes, así como también, los medios de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho para la defensa de sus intereses, los mismos no resultan eficaces, dada la culminación de la vigencia de la lista de elegibles – 31 de julio de 2020-, que para criterio de esta Sala, se constituye en un perjuicio irremediable, pues somete a la accionante a la pérdida de la opción de ingreso a la carrera administrativa[8], situación que permite la injerencia del juez de tutela, así como también, porque someter a la accionante y a la entidad a un proceso contencioso administrativo, redunda además en la afectación de otros principios, como el de moralidad y eficacia administrativa, máxime cuando el uso de la lista de elegibles tal como lo señaló la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, tiene un costo de DIECIOCHO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS M/CORRIENTE ($18.433.863)[9]

Concluyendo así, que, el actuar del ICBF al negarse a vincular en periodo de prueba a la accionante dentro del cargo identificado con código OPEC No. 35869, Cargo: Técnico Administrativo, Código: 3124, Grado: 11 localizado en la Regional Nariño, Municipio de Pasto, cuya elección quedó sentada en acta del 8 de junio de 2020, es irregular. Por lo tanto se revocará la decisión de primera instancia para en su lugar, amparar los derechos deprecados por activa, razón por la cual, se dejará sin efectos jurídicos la Resolución No. 4667 del 26 de agosto de 2020 proferida por el ICBF, ordenando a la accionante que en el término de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la presente decisión, allegue al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la autorización para verificar si se encuentra inscrita en el registro de inhabilidades por delitos sexuales cometidos contra personas menores de edad, según lo establece los artículos 4 y 5 de la ley 1918 de 2019, para que una vez allegado, el ICBF, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, de cumplir con todos los requisitos pertinentes, proceda a nombrarla en periodo de prueba.

III.- DECISIÓN

[8] Corte Constitucional. Sentencia T-236 de 2019. M.P. Dra. Diana Fajardo Rivera
[9] Folio 74 cuaderno digital de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 12 de agosto de 2020, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto (N), objeto de impugnación, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar **AMPARAR** los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso, acceso a la carrera administrativa basada en el mérito y petición de la señora LUZ ELENA MARTINEZ RECALDE.

SEGUNDO: ORDENAR a la señora **LUZ ELENA MARTINEZ RECALDE**, que en el término de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la presente decisión, allegue al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la autorización para verificar si se encuentra inscrita en el registro de inhabilidades por delitos sexuales cometidos contra personas menores de edad, en los formatos establecidos por la entidad para el efecto.

TERCERO: ORDENAR al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF**, para que a través de su Director y/o quien haga sus veces, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles siguientes a la recepción de la autorización remitida por parte de la señora LUZ ELENA MARTINEZ RECALDE y a que se refiere el numeral anterior, proceda a verificar la información de la accionante y de cumplir con los requisitos de ley, la nombre en periodo de prueba dentro del cargo optado por ella.

CUARTO: COMUNICAR por el medio más eficaz a través de la Secretaria de esta Sala lo aquí resuelto tanto a la parte accionante como a las entidades accionadas, así mismo infórmese al Juzgado de primera instancia.

QUINTO: REMITIR el expediente ante la H. Corte Constitucional para su eventual revisión dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 221 –A En constancia se firma por los intervinientes.

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA -RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
SALA UNO DE DECISIÓN LABORAL
SALA DE DECISIÓN DE TUTELA

REF: ACCIÓN DE TUTELA (SEGUNDA INSTANCIA).
ACCIONANTE: MARTHA HELENA NAVARRO PIZARO.
ACCIONADO: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL E INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.
RADICACION: 08-001-31-05-007-2020-00141-01(000).

MAGISTRADA PONENTE: **CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ.**

Barranquilla, siete (07) de octubre de dos mil veinte (2.020).

Regístrese el presente proyecto y póngase a circular entre los Magistrados integrantes de la Sala.

CÚMPLASE,

CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ
Magistrada Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA -RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
SALA UNO[1] DE DECISIÓN LABORAL
SALA DE DECISIÓN DE TUTELA

REF: ACCIÓN DE TUTELA (SEGUNDA INSTANCIA).
ACCIONANTE: MARTHA HELENA NAVARRO PIZARO.
ACCIONADO: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL E INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.
RADICACION: 08-001-31-05-007-2020-00141-01(000).

MAGISTRADA PONENTE: CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ.

Barranquilla, siete (07) de octubre de dos mil veinte (2.020).

Procede la Sala Uno[2] de Decisión laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, integrada por los Magistrados CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ como Ponente, CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ y JESÚS RAFAEL BALAGUERA TORNÉ, como acompañantes a resolver la impugnación del fallo proferido dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora MARTHA HELENA NAVARRO PIZARO contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL E INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, y como vinculados los integrantes de la lista de elegibles.

---

[1]De conformidad a lo establecido en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA17-10666 del 25 de abril de 2.017 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, desarrollado por el Acuerdo No. 0005 del 2 de mayo de 2.017 de la Sala Laboral de este Tribunal "*por el cual se conforman las Salas de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla*".

[2] De conformidad a lo establecido en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA17-10666 del 25 de abril de 2.017 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, desarrollado por el Acuerdo No. 0005 del 2 de mayo de 2.017 de la Sala Laboral de este Tribunal "*por el cual se conforman las Salas de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla*".

Previa deliberación de los Magistrados que integran la Sala de Decisión, se aprobó mediante acta No. 296, la siguiente **SENTENCIA**:

1. ANTECEDENTES

1.1. SOLICITUD DE TUTELA:

La señora Martha Helena Navarro Pizaro, actuando a través de apoderado judicial, promovió acción de tutela contra la Comisión Nacional del Servicio Civil e Instituto Nacional de Bienestar Familiar- ICBF, para que se tutelen los derechos fundamentales al trabajo, debido proceso, igualdad, mérito como principio constitucional de acceso a cargos públicos, petición e información, y en consecuencia, se ordene a las entidades accionadas que den aplicación al artículo 6º y 7° de la Ley 1960 de 2019, con efectos retrospectivo; asimismo, se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil remitir al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de manera inmediata, la lista de elegibles con las cuales se deberán proveer los cargos de carrera administrativa ofertados en la convocatoria N°433 de 2016- ICBF; de igual forma, se requiera al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que, de manera inmediata, en cumplimiento del término perentorio concedido por el fallador, proceda a agotar todos los trámites administrativos necesarios y pertinentes para que se provean con carácter definitivo los cargos de la planta global del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ofertados en la convocatoria N°433 de 2016- ICBF; por último, inaplicar haciendo uso de la excepción por inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4° superior, el Criterio Unificado "Uso de Lista de Elegibles en el Contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2020" expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil el 16 de enero de 2020.

1.2. HECHOS:

Los supuestos facticos alegados por la parte accionante se sintetizan de la siguiente manera: Manifiesta la accionante que, a través del Acuerdo Nº 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016, la Comisión Nacional del Servicio Civil, convocó a Concurso Abierto de Méritos para proveer definitivamente todos los empleos vacantes

pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de la Convocatoria 433 de 2016.

Alegó la actora que, se inscribió como aspirante a ocupar con derechos de carrera administrativa al cargo de Profesional Universitario Código 2044 grado 08, identificado con número de Oferta Pública de Empleo de Carrera – OPEC - Nº 39806 perteneciente a la Regional Atlántico del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Agregó que estando en trámite el concurso, el Presidente de la República mediante Decreto N° 1479 del 04 de septiembre de 2017 suprimió los empleos de carácter temporal creados mediante el Decreto 2138 de 2016 y modificó la planta de personal de carácter permanente del ICBF y se crearon entre otros, cuarenta y nueve (49) cargos de Profesional Universitario Código 2044 grado 8, diez (10) cargos de Profesional Universitario Código 2044 grado 11, trece (13) cargos de Profesional Universitario Código 2044 grado 09, dos mil ochocientos uno (2801) cargos de Profesional Universitario Código 2044 grado 7, los cuales no fueron ofertados al momento de la apertura de la convocatoria N°433 de 2016, debido a que en ese tiempo eran inexistentes como empleos de carácter permanente y además, dicha convocatoria estaba regida por la Ley 909 de 2004 en su concepciónoriginal.

Asimismo indicó que mediante Resolución Nº 7746 del 05 de septiembre de 2017, se efectuó la distribución en el territorio nacional de las vacantes creadas mediante Decreto N° 1479 del 04 de septiembre de 2017, definiendo entre otros que en el Departamento del Atlántico se asignarían cuarenta y tres (43) nuevas vacantes para el cargo de Profesional Universitario Código 2044 grado 08 para el perfil profesional de Psicología, las demás están distribuidos en las diferentes regionales del ICBF a nivel nacional, existiendo además una vacante de Profesional Universitario código 2044 grado 08 asignada al Departamento del Atlántico.

Expresó además que, la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Resolución Nº CNSC–20182230053265 de mayo 22 de 2018 conformó la lista de elegibles para proveer dos (02) vacantes del empleo identificado con el código OPEC Nº 39806 denominado Profesional Universitario identificado con el código 2044 grado 08, ocupando en estricto orden del mérito el puesto Nº 03 con puntaje definitivo de 72.22. Sostuvo que, al recomponerse la lista de elegible ocupa en los sucesivo el

primer lugar en posición de elegibilidad, y que la misma de conformidad con el artículo 64 del Acuerdo antes mencionado tiene vigencia de dos (2) años a partir de su firmeza.

Agregó que, la lista de elegibles fue publicada en el Banco Nacional de Lista de Elegibles el día 28 de mayo de 2018, adquiriendo firmeza el día 06 de junio de la misma calenda, es decir, su vencimiento se configuraría el día 05 de junio de 2020, sin embargo, en virtud de la pandemia generada por el Covid 19, los términos de dicho concurso fueron suspendidos a través de las Resoluciones No. 4970 del 24 de marzo de 2020, 5265 del 13 de abril de 2020, 5804 del 24 de abril de 2020 y 6264 del 22 de mayo de 2020, debido a la suspensión de términos el vencimiento de la lista operaría el 14 de agosto de 2020.

Sustentó que, la Comisión Nacional del Servicio Civil el 22 de noviembre de 2018 mediante Resolución Nº CNSC – 20182230156785, revocó el artículo 4 de los actos administrativos que contienen la lista elegible de la convocatoria mencionada, el cual contenía la previsión normativa que permitía al ICBF hacer uso de ella para proveer los cargos o nuevas vacantes que surjan durante su vigencia, y no solamente aquellas ofertadas al momento de la convocatoria.

Aunado a lo anterior, dijo que la accionada desconoció que las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria N°433 de 2016 - I.C.B.F constituyen en lo pertinente actos administrativos cuya naturaleza jurídica es de ser actos administrativos de carácter particular y concreto, por lo tanto, no podía revocar de manera unilateral el artículo cuarto (4°) de dichas resoluciones, so pena de vulnerar el derecho fundamental al debido proceso y con ello causarle un grave e injustificado perjuicio a los elegibles, dado que para ello se requería manifestación expresa y escrita del consentimiento de éstos, o que la entidad hubiese demandado ante la justicia contenciosa administrativa su propio acto tal como lo dispone artículo 97 de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; así como también el artículo 12 de la Ley 909 de 2004.

Adicionó que, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019, la cual en su artículo 6 modifica el art. 31 numeral 4º de la ley 909 de 2004 y señala que *"Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad*

contratada, por delegación de aquella, elaborará la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad". Teniendo está efectos retroactivos.

Por último, manifestó que el 17 de julio de 2020 solicitó ante la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar su nombramiento en periodo de prueba en uso de la lista de elegibles pluricitada, bajo escrito de petición identificado con el radicado N° 20203200736392, sin que a la fecha de interposición de la presente acción de tutela se haya dado contestación a dicha solicitud, encontrándose vencido los términos para tales efectos.

1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

La Jueza Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla profirió sentencia el dos (2) de septiembre de 2020, donde resolvió decidir desfavorablemente el amparo invocado por la señora Martha Helena Navarro Pizaro. Fundó su decisión en que el problema jurídico se reduce en la legalidad o no del acto administrativo mediante el cual la Comisión Nacional del Servicio Civil decidió anular la posibilidad de que los nuevos cargos creados por el Gobierno Nacional y que no fueron ofertados en la OPEC Nº 39806 denominada Profesional Universitario Código 2044 grado 08, no pudieran ser considerados como oferta en la lista de elegibles.

En atención a lo anterior, indicó que la actora cuenta con otro mecanismo de defensa judicial como lo es la acción de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, en la cual se puede solicitar desde la presentación de la demanda la suspensión provisional de los actos administrativos, circunstancia que tiene los mismos efectos que pudiera adoptarse en sede constitucional, con la diferencia que se trataría de una decisión que pueda adoptar dentro de sus competencias el Juez natural.

Por último, expresó que frente a la circunstancia de que la conformación de la lista se trata de una Resolución con una vigencia de dos (2) años, no tiene en verdad mayor trascendencia el que si se debía recomponer o no la lista al amparo de las

normas señalas por la accionante, ya que por tratarse de un acto administrativo que goza de la presunción de legalidad, en su momento, incluso, ahora, puede ser demandado ante la justicia ordinaria.

1.4. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

Inconforme con la decisión proferida, la parte accionante impugnó el fallo de tutela de primera instancia con fundamento en las siguientes argumentaciones; dijo que el juzgador de instancia incurrió en un yerro fundamental en las resultas del proceso, al omitir que el problema jurídico principal de la acción constitucional es si en el caso de marras se debe dar aplicación en retrospectiva de los postulados consagrados en el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, en consideración a que su situación jurídica no se enmarca dentro de lo que jurídicamente se tiene como un derecho adquirido, sino por el contrario, las accionadas refrendan que la actora actualmente goza de una mera expectativa de derecho al quedar en posición de elegibilidad en la lista de elegibles.

1.5. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA:

La acción de tutela fue repartida y asignada a esta Sala[3], la que mediante auto de 15 de septiembre de 2.020, admitió la impugnación y dispuso notificar a las partes.

2. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA.

Con fundamento en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1.991, el Decreto 1382 de 2.000, y el Decreto 1983 del 30 de noviembre de 2.017,[4] esta Sala es competente a prevención de conocer y decidir respecto del derecho invocado, por cuantos los hechos que motivan la acción tienen ocurrencia dentro del ámbito donde esta

[3] Expediente enviado por la secretaría de la Sala Laboral al correo institucional el 15 de septiembre de 2.020

[4] "*Por medio del cual se modificó el Decreto 1069 de 2.015, que a su vez cumplió el Decreto 1382 de 2.000.*"

Corporación ejerce su jurisdicción y es un fallo de tutela cuyo conocimiento está asignado a los Jueces del Circuito.

2.2. DE LA TUTELA.

Sea lo primero indicar que, la tutela es un procedimiento constitucional preferente y sumario, de amparo inmediato de los derechos fundamentales de la persona, cuando quiera que éstos resulten amenazados o violados por acción u omisión de una autoridad pública, o por particulares en los casos precisos determinados por la Constitución y la Ley.

El artículo 86 de la Constitución Nacional, dispone: *"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí mismo o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados por la omisión de cualquier autoridad pública.*

"La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventualrevisión.

"Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable…" .

2.3. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE CONCURSO DE MÉRITO:

Sobre este tópico, la H. Corte Constitucional ha señalado mediante Sentencia T-441/17 lo siguiente:

"Respecto de la procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos, esta Corporación ha señalado que existen, al menos, dos excepciones que tornan procedente la acción de tutela para cuestionar actos administrativos: (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"

De lo anterior se desprende que la tutela tiene un carácter residual y subsidiario, siendo procedente, siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de tales derechos, así que resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previsto por la ley.

2.3. CASO CONCRETO:

Se centra la inconformidad de la proponente en que se inscribió en la Convocatoria N° 433 de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, al cargo de Profesional Universitario Código 2044 grado 08, OPEC N° 39806 perteneciente a la regional Atlántico del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Seguidamente, la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Resolución N° CNSC- 20182230053265 de mayo 22 de 2018, conformó lista de elegible para proveer dos (2) vacantes del empleo OPEC N° 39806 al cargo de Profesional Universitario Código 2044 grado 08, OPEC N° 39806, en el cual la peticionaria ocupó el tercer lugar. En el punto Nº 4 de la parte resolutiva de la Resolución mencionada de la Comisión Nacional del Servicio Civil, por la cual se conforma la lista de elegibles correspondiente a la OPEC Nº 39806, se estableció:

"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****."*

Empero lo anterior, la accionada en fecha 22 de noviembre de 2018 expidió el acto administrativo, Resolución Nº CNSC – 20182230156785 *"Por el cual se revoca el artículo cuarto de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria N°433 de 2016 - I.C.B.F."*

En fecha posterior, a la fecha de iniciación de concurso se expidió el Decreto 1479 de 2017, en el cual se crearon 49 nuevas vacantes para el cargo Profesional Universitario código 2044 grado 8, esto es, el cargo al cual la actora está aspirando.

Precisado lo anterior, y en relación con la procedibilidad de la acción de tutela para controvertir el acto administrativo particular, la Sala estima que en principio la accionante podía acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir el acto particular y concreto, sin embargo, este mecanismo no tiene la virtualidad de ofrecer la misma protección que se lograría a través de la presente acción de tutela, en tanto, al estar la convocatoria en una fase avanzada (conformación de lista de elegibles, nombramiento y posesión de los dos primeros en lista), se corre el riesgo de que al momento de presentar la demanda de nulidad y restablecimiento ya se haya podido consumar la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante.

Aunado a lo anterior, se puede estudiar el caso de fondo toda vez que, aún se encuentra vigente la lista de elegibles, ya que pese a que la misma tenía una vigencia de dos años y este plazo se cumplió el 27 de junio de 2020, no es menos cierto que debido a la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Covid 19, la Comisión Nacional del Servicio Civil ha prorrogado mediante las Resoluciones No. 4970 del 24 de marzo de 2020, 5265 del 13 de abril de 2020, 5804 del 24 de abril de 2020 y 6264 del 22 de mayo de 2020, dicho termino.

Así mismo, se cumple con el presupuesto de inmediatez por cuanto el hecho considerado como vulnerador de los derechos de la accionante, se mantiene vigente ante la negativa de las aquí accionadas de utilizar la lista de elegibles donde se encuentra la señora Martha Helena Navarro Pizaro, para proveer los cargos vacantes en el ICBF.

Superados los requisitos de procedibilidad, encuentra esta Corporación que la Constitución Política estableció en su artículo 125, que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, o en palabras más claras que, la carrera administrativa es el medio, o el mecanismo, por medio del cual una persona podría acceder a cargos públicos en los órganos y entidades del estado. Esto, con el propósito de garantizar condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro de los empleos públicos, respondiendo a criterios de objetividad, y de reglas establecidas que desligan la voluntad de un nominador dentro del trámite.

Así, el derecho que adquieren aquellas personas que hayan superado en forma satisfactoria todas las etapas del procedimiento para acceder a un empleo público, es exigible ante la administración, como ante aquellos que se encuentren desempeñando el cargo de manera provisional.

Además, por la pertinencia con el tema tratado, impera recordar que el Congreso de la Republica expidió la reciente Ley 1960 de 2019, disposición normativa que en su artículo 6°, modificó el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en los siguientes términos:

"*Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad".*

No obstante, la Comisión Nacional del Servicio Civil el 16 de enero de 2020, expidió el criterio unificado, respecto del "Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019", expresando que*:*

"En virtud de los apartes jurisprudenciales en cita y teniendo en cuenta que el concurso está integrado por diferentes actos administrativos iniciando con el de convocatoria al proceso de selección y culminando con el de evaluación del periodo de prueba, se concluye que las convocatorias para proveer vacantes definitivas de empleos de carrera, iniciadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, deberán agotar el procedimiento conforme a las reglas previamente establecidas en la convocatoria y en las normas que le sirvieron de sustento, con el fin de garantizar seguridad jurídica a las entidades y a los aspirantes. Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así coma aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria. De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un numero de OPEC".

Ahora bien, respecto a la aplicabilidad de la reciente ley 1960 de 2019, ya se pronunció la H. Corte Constitucional en la sentencia de tutela T-340 de 21 de agosto de 2020, donde puntualizó:

"En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron

nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente."

En el presente caso estudiado, tenemos que la actora superó el concurso de méritos diseñado de acuerdo a las necesidades del servicio del ICBF, ocupando actualmente el primer lugar, luego de que se diera el ingreso de los aspirantes con mayor puntaje en las dos vacantes ofertadas en la convocatoria inicial, por lo que las accionadas tienen el deber de acudir al personal que se encuentra capacitado y evaluado satisfactoriamente frente al cumplimiento de las funciones propias del cargo, máxime cuando omitir ese presupuesto seria contrario a lo estipulado en el artículo 125 C.N., sobre el derecho de carrera. De igual forma, en el presente caso le resulta aplicable la directriz jurisprudencial sentada en el precedente constitucional contenido en la citada sentencia T-340 de 2020, sobre la aplicabilidad de lo consagrado en la Ley 1960 del año en curso, de manera retrospectiva.

La cual se debe interpretar, como una protección al mérito como principio fundante del Estado de Derecho, al incentivar que el acceso al servicio público se dé por el sistema de carrera y no a un mecanismo de ingreso arbitrario, que sea contrario a los principios de igualdad e imparcialidad, facilitando que la afiliación de los empleados al servicio del ICBF, se de con observancia a los factores de valoración que han sido proscritos incluso en la Constitución, esto es, que solamente se puedan nombrar personas que hayan superado todas las etapas del concurso, respetando el orden de méritos de la lista.

De igual forma, es necesario resaltar que en el caso subexamine la lista de elegibles se encuentra próxima a vencer, por lo que de no proceder a la revisión de fondo del caso que nos ocupa, se estaría promoviendo la vulneración a los derechos reclamados por la accionante, puesto que, de acudir a la Jurisdicción Contencioso administrativa al momento de proferirse una decisión definitiva, ya la lista de elegibles no estaría vigente, por lo que solo se podría garantizar una compensación económica y no la ocupación del cargo al cual está aspirando.

Aunado a ello, dado que los aspirantes que figuran en una lista de elegibles tienen un derecho subjetivo, es decir, cuentan con una mera expectativa, salvo aquellos que ocupan el primer lugar, quienes tienen un derecho adquirido, encuentra esta Colegiatura que en el caso concreto es dable aplicar retrospectivamente la Ley 1960 del presente año, puesto que su situación no se encuentra consolidada en la Convocatoria 433 de 2016.

Por último, en relación al derecho petición incoado, tenemos que en reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional, ha señalado los presupuestos mínimos que debe contener la respuesta a una petición, para considerar que la misma se satisfizo[5]. Al respecto, en **sentencia T-161 de 2011,** esa Corporación señaló:

> *"a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión. b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o si se reserva para sí el sentido de lo decidido. c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición. d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita. e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine. (...)"*[6].

---

[5] Al respecto ver las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: Sentencia T – 691 de 2 de septiembre de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-581 de 27 de julio de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia T-249 de 27 de febrero de 2001. M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Sentencia T-377 de 3 de abril de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[6] Corte Constitucional, sentencia T -161 de 10 de marzo de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

De la revisión de los anexos presentados en memorial de fecha 01 de octubre de 2020 radicado por el apoderado de la parte actora, existe probanza del recibido por parte de esta de la respuesta emitida al derecho de petición N° 202012220000049962 de fecha 11 de marzo de 2020, a través del cual se solicitó su nombramiento en periodo de prueba de conformidad a la lista de elegibles ampliamente mencionada; así como que el mismo resuelve de forma clara, precisa, de fondo y de manera congruente lo solicitado, y pese a ser negativa a lo pedido esto por sí mismo no configura una infracción al derecho, tal y como lo establece la jurisprudencia antes trascrita, por ello considera la Sala que no es procedente tutelar el mismo.

Así las cosas, esta Colegiatura procederá a conceder parcialmente el amparo deprecado como se explicó en precedencia y por consiguiente se revocará la sentencia impugnada para en su lugar, conceder la protección a los derechos fundamentales al trabajo, debido proceso, igualdad, mérito como principio constitucional de acceso a cargos públicos, que le han sido vulnerados a la actora por las accionadas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Uno de Decisión Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley;

RESUELVE:

PRIMERO: **REVOCAR** la sentencia del dos (02) de septiembre de dos mil veinte (2020), proferida por la Jueza Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla, y en su lugar, se dispone Tutelar los derechos fundamentales al trabajo, debido proceso, igualdad, mérito como principio constitucional de acceso a cargos públicos, ordenando a la Comisión Nacional del Servicio Civil que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes de notificada esta decisión oferte los 49 cargos de Profesional Universitario Código 2044 grado 08 OPEC N° 39806 en la regional Atlántico, creados mediante el Decreto 1479 de 2017 para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF -, con el fin de que quienes conformen la lista de elegible opten, proceso que no podrá exceder el término de un (1) mes calendario contados a partir del cumplimiento de las 48 horas. Asimismo, elabore lista de elegibles dentro de los quince (15) días siguientes y debidamente notificado el acto

y en firme lo remita al ICBF en el término máximo de cinco (5) días hábiles para que este proceda a realizar el nombramiento de la señora Martha Helena Navarro Pizaro de ser procedente.

SEGUNDO: Notificar esta providencia a las partes, por el medio más expedito con que cuente el Tribunal, conforme a lo dispuesto en los artículos 10, 30 y 32 del Decreto 2591 de 1991 y 5° del Decreto 306 de 1992.

TERCERO: Remitir para su eventual revisión el expediente a la Corte Constitucional dentro de los términos indicados.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ
Magistrada Ponente
T-08001-31-05-007-2020-00141-01

CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada

JESÚS RAFAEL BALAGUERA TORNÉ
Magistrado
Salva Voto

TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Pamplona
SALA ÙNICA. - SECRETARIA

Pamplona, 18 de septiembre de 2020

TSDJP-S-1300

Doctora
LINA MARÍA ALVAREZ
Directora Nacional del I.C.B.F
y/o quien haga sus veces
Correos: tutelas@icbf.gov.co- Notificaciones.Judiciales@icbf.gov.co
atencionalciudadano@icbf.gov.co

Radicado: 54-518-31-87-001-2020-00075-01
Accionante: CARMEN CECILIA CASTAÑO MATUTE Y OTRAS
Accionados: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC- INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF-

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, me permito NOTIFICARLE la SENTENCIA de la fecha, proferida por la Sala Única de Decisión Virtual de la Corporación con ponencia del Magistrado NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS. Anexo: Providencia en 40 folios.

EN CUMPLIMIENTO A LO DISPUESTO EN EL ORDINAL QUINTO, DE LA PARTE RESOLUTIVA DE LA SETENCIA: SE SOLICITA A ESTA ENTIDAD, QUE ORDENE A QUIEN CORRESPONDA, LA PUBLICACIÓN EN LA PÁGINA WEB EN EL LINK CORRESPONDIENTE , COPIA DE LA PRESENTE DECISIÓN CON EL FIN DE NOTIFICAR A LOS TERCEROS INTERESADOS Y VINCULADOS.

Cordialmente,

Firmado Por:

ALIX ELENA CONTRERAS VALENCIA
SECRETARIO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
SECRETARIA TRIBUNAL SUPERIOR DE PAMPLONA

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

Código de verificación:
9177aee336e198fb0b04bb56cd9dcefb76f30ecc0abd028349352103e94b6667
Documento generado en 18/09/2020 06:24:27 p.m.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona
Sala Única de Decisión

Pamplona, 18 de septiembre de 2020

Magistrado Ponente:

DR. NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Acta No. 55

Proceso	Acción de Tutela – Segunda Instancia
Radicado	54-518-31-87-001-2020-00075-01
Accionante	MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL
Accionado	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Vinculados	PARTICIPANTES DE LA CONVOCATORIA N. 433 de 2016 PERSONAS QUE CONFORMAN LA LISTA DE ELEGIBLES DEL CARGO DE PROFESIONAL ESPECIALIZADO CÓDIGO 2028, GRADO 17 DE LA CONVOCATORIA 433 DE 2016 FUNCIONARIOS QUE ACTUALMENTE OCUPAN LOS CARGOS DECLARADOS DESIERTOS DENTRO DE LA CONVOCATORIA

CUESTIÓN PREVIA

Previo requerimiento sobre su lugar de residencia que clarificó los que correspondían a cada una de las seis accionantes, mediante proveído de 9 de septiembre hogaño se declaró la nulidad de lo actuado para cinco de ellas[1], toda vez que se constató que lo cursado en primera instancia se resolvió sin la observancia del factor territorial del que trata el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

[1] Fol 51 a 66 del expediente digitalizado de segunda instancia.

La accionante MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL acreditó el cumplimiento del requisito de competencia exigido, dado que se tuvo por cierto que tiene su residencia en el Municipio de Pamplona. De cara a este planteamiento, solo serán objeto de revisión en esta instancia los hechos y situaciones alegadas por la precitada.

ASUNTO

Decide la Sala la impugnación presentada por **MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL** contra el fallo de tutela de fecha 12 de agosto de 2020 proferido por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pamplona.

ANTECEDENTES

HECHOS.-[2]

Conforme lo narrado por la Accionante y el trasegar procesal tenemos por tales los siguientes:

1.- MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL se inscribió, concursó y superó satisfactoriamente todas las etapas en la convocatoria 433 de 2016 para proveer el cargo de profesional especializado código 2028 grado 17, código OPEC (OFERTA PÚBLICA DE EMPLEOS DE CARRERA) “38762” en el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, ICBF.

2.- Por medio de la Resolución No. 20182230072935 del 17 de julio de 2018 (en adelante Resolución 72935/2018), la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, CNSC, conformó *“la lista de elegibles para proveer tres (3) vacantes del empleo identificado con el código OPEC número* 38762*, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, grado 17, ofertado en el marco de la Convocatoria No 433 de 2016-ICBF”*, en la cual la Accionante ocupó el sexto lugar*.*

3.- El artículo cuarto de la mencionada Resolución 72935/2018 señalaba *que “Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo*

[2] Folio 6 y ss. (La paginación corresponde al archivo de pdf del expediente de primera instancia al que tuvo acceso el magistrado sustanciador, el cual le fue enviado a su correo electrónico institucional el 24 de agosto de 2020.)

empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de méritos 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".

4.- Sin embargo, tal artículo fue revocado por medio de la Resolución CNSC 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, por ser incompatible con la sentencia SU 446 de 2011 de la Corte Constitucional, el Decreto 1894 de 11 de septiembre de 2012 y el Acuerdo 20161000001376 (marco de la plurimencionada convocatoria), especialmente en su artículo 62.

En tal resolución concluyó la CNSC: "*Corolario de lo expuesto, se tiene que el artículo cuarto de los 1187 actos administrativos previamente referidos contempló la posibilidad de conformar una lista general para la provisión de vacantes no convocadas, por lo que deberá ser revocado conforme las razones anteriormente expuestas con el fin de restablecer el orden público".*

5.- Con posterioridad al trámite del concurso y a la elaboración de la lista de elegibles del cargo de marras, el artículo 6 de la Ley 1960 de junio 27 de 2019 modificó el numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004 *"Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"*, disponiendo que con las listas de elegibles se podían proveer las "*las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad".*

6.- El 1 de agosto de 2019 la CNSC expidió el *Criterio Unificado "listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019*", donde se adoptó que tal norma sólo sería aplicable para *"los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio, cobijados por la ley ampliamente mencionada".*

7.- El 16 de enero de 2020 la CNSC aprobó el "*Criterio Unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019*", donde señaló que las vacantes generadas en convocatorias aprobadas antes de la promulgación

de aquella norma sólo podían ser cubiertas con los "mismos empleos", entendiendo por tales los que tienen la misma OPEC.

8.- Mediante oficio 20201020333541 de 03 de abril de 2020[3], la CNSC respondió el derecho de petición de la Accionante, refiriendo la imposibilidad de hacer uso de la lista de elegibles que integra la Accionante para proveer vacantes en el cargo de profesional especializado, código 2028, grado 17 con base en el contenido del *"Criterio Unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019" aprobado en sesión de 16 de enero de 2020",*

9.- Mediante oficio 202012100000060601 de "4" de abril de 2020, el ICBF respondió el derecho de petición de la Accionante, indicando que "*las listas de elegibles y aquellas conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" entiéndase con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con número OPEC".*

10.- Con ocasión de la crisis sanitaria generada por el COVID 19, la CNSC mediante la expedición de actos administrativos suspendió el cronograma y sus respectivos términos en los procesos de selección en curso, en razón de ello se prorrogó la vigencia de la lista de elegibles a la que pertenece la actora.

PETICIONES[4]

La Accionante solicitó que se le amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos por el sistema de méritos y en consecuencia se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR realizar los trámites administrativos pertinentes para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 6 de la

[3] Folio 199 y ss.
[4] Folio 68 a 70.

Ley 1960 de 2019 y se autorice y use la lista de elegibles conformada mediante Resolución número 20182230072935 del 17 de julio de 2018 respecto al cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 en una de las vacantes que no fueron provistas en periodo de prueba y que fueron declaradas desiertas.

Además, pidió que se ordene al ICBF verificar y reportar de la planta global de empleos las vacantes que cumplan con las características de equivalencia al cargo aquí pretendido, en aras de proceder a reportar los cargos al aplicativo SIMO, de esta forma podrán ser ofertados por conducto de la CNSC, con la finalidad de garantizar a quienes hacen parte de la lista de elegibles la oportunidad de optar por el cargo.

Igualmente, requirió que una vez recibidas las listas de elegibles, el ICBF efectúe el nombramiento según el orden que corresponda en una de las vacantes declaradas desiertas o que hayan quedado disponibles con posterioridad a la conformación de la lista. Lo anterior, ciñéndose a los parámetros y al itinerario fijado por esta sala en el expediente Rad 54-518-31-12-002-2020-00033-01, el cual comporta un escenario análogo al caso bajo estudio.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 29 de julio de 2020[5] la *A quo* admitió la acción de tutela por cumplir con las exigencias mínimas, ordenó su notificación y corrió traslado para que en el término de tres días los Accionados se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones, vinculó a quienes participaron en la convocatoria No. 433 de 2016 y a todas las personas que actualmente conforman la lista de elegibles del cargo de Profesional Especializado Código 2028, grado 17 de dicha convocatoria, así como a todos los funcionarios que actualmente ocupan los cargos declarados desiertos y decretó pruebas.

El 12 de agosto de 2020 de resolvió la acción constitucional.

[5] Folio 513 a 514.

RESPUESTA A LA ACCIÓN

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF)[6].-

Frente a los hechos, señaló que la CNSC mediante Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal del Sistema General de carrera administrativa del ICBF, Convocatoria No. 433 de 2016.

Refirió que la Actora ofertó una de las tres vacantes habilitadas para el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 17, OPEC 38762 de la Regional de Santander y que una vez superado el proceso de admisión y selección del concurso, se expidió lista de elegibles, publicada mediante Resolución No. 20182230072935 del 17 de julio de 2018, situándola en el sexto lugar.

Señala que en firme la lista de elegibles, se efectuó el nombramiento y posesión de las personas que ocuparon los tres primeros lugares de elegibilidad para proveer las vacantes de la convocatoria 433 de 2016.

Manifestó que en contexto del criterio "*uso de lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019*", el ICBF adelantó las acciones de verificación de empleos en su planta global que comporten los criterios de equivalencia planteados por la norma, no obstante, se certificó la inexistencia de vacantes disponibles, así mismo, arguye que emplear la lista de elegibles para proveer un cargo equivalente en otro lugar distinto al optado inicialmente, vulneraria el derecho a la igualdad de los aspirantes que se presentaron para dichos cargos en esas zonas geográficas.

Dice que no se puede afirmar de manera general y descontextualizada que la acción de tutela es procedente siempre que exista un concurso de méritos o lista de elegibles, dado que las controversias que pueden suscitarse son de diversa naturaleza y las particularidades de cada caso ameritan un estudio específico.

Adujo que la controversia principal versa sobre el cumplimiento inmediato de una norma de carácter general, frente a lo que se requiere adelantar una serie de

[6] Folio 531 y ss.

acciones administrativas y financieras que implican tiempo y recursos públicos, las cuales relaciona extensamente.

Frente a la subsidiariedad y perjuicio irremediable, dijo que la Accionante cuenta con mecanismos distintos a la tutela para ejercer sus derechos, pues ataca actos administrativos de carácter general y las respuestas dadas a los derechos de petición, lo que constituye un acto de trámite, que, por regla general, no son objeto de protección constitucional.

Resaltó que el ICBF no ha vulnerado ni puesto en riesgo ningún derecho fundamental de la Accionante, en tanto está adelantando todas las gestiones que implican el reajuste introducido por la Ley 1960 de 2019 y la norma no puede tener una aplicación inmediata como quiera que implica la revisión de los criterios establecidos por la CNSC.

Añadió que aceptar la aplicación de la lista de elegibles de la Accionante, desconocería los derechos de las personas que se inscribieron en las OPEC correspondientes al empleo profesional especializado Código 2028 Grado 17 en las ubicaciones geográficas para las que sí se crearon nuevas vacantes, pues estas personas desde el inicio de la convocatoria escogieron esa ubicación, presentaron las pruebas y aprobaron el proceso a la luz de las necesidades del servicio de aquellos territorios.

Solicitó se declare improcedente la acción de tutela por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental, así como de subsidiariedad y perjuicio irremediable, argumentando que ya se publicó la lista de elegibles, la que adquirió firmeza en julio de 2018, la cual se conformó para proveer 3 vacantes y la accionante ocupó la posición número 6.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)[7].-

Desde el inicio de su respuesta manifestó que su pronunciamiento solo sería respecto de la competencia de la entidad que representa.

[7] Folio 542 y ss.

Señaló que MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL, participó en el concurso de méritos convocado mediante Acuerdo 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 para el empleo identificado con el código OPEC No. 38762 y que una vez superadas las fases del concurso se publicó la Resolución No. CNSC-20182230072935 del 17 de julio de 2018 *"Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer tres (3) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No.* 38762*, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF",* en la cual ocupó la sexta posición de lista.

Refirió que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 del acuerdo de convocatoria, la CNSC remitió al ICBF el acto administrativo para realizar los nombramientos en estricto orden de mérito de aquellos elegibles que ocuparon una posición meritoria en la lista, conforme el número de vacantes ofertadas para cada OPEC.

Indicó que para el empleo en mención se ofertaron tres vacantes, y que los elegibles que adquirieron el derecho a ser nombrados en periodo de prueba para el cargo fueron los aspirantes que ocuparon los tres primeros lugares en la lista, mientras que la Accionante ocupó la sexta posición, por lo que no es posible que se realice su nombramiento. Así mismo, se comprobó que mientras estuvo vigente la lista no se reportaron actos administrativos que declararan la derogatoria o revocatoria de los actos de nombramiento ni se informaron vacantes adicionales en el marco de la convocatoria 433 de 2016 y que cumplieran con el criterio de mismo empleo.

Frente a la acción interpuesta, manifestó que no se acreditaron los requisitos de subsidiariedad o perjuicio irreparable al que se ve enfrentada la tutelante, requisitos *sine qua non* para ejercitar el instrumento jurídico. Además, debe resultar improcedente por cuestionar actos administrativos que buscan revisar las reglas o pautas que rigen el concurso de méritos o determinaciones que se adoptan en la evolución de sus etapas o fases. De cara a las consideraciones realizadas, solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción, máxime que no existe transgresión alguna por parte de la CNSC a los derechos fundamentales alegados por la accionante.

Señaló que la ley 1960 de 2019 no tiene aplicación "retrospectiva", pues ello contraviene lo ordenado por los artículos 52 y 53 de la Ley 4 de 1913, *"normas que claramente establecen que la Ley sólo rige para las situaciones de hecho ocurridas con posterioridad a la fecha de su promulgación"*, lo cual ocurrió el 27 de junio de 2019, por lo que debe regir hacia el futuro, es decir, a procesos de selección o concursos que inicien con posterioridad a la referida fecha. Juzga que encontrándose en firme las listas de elegibles de la Convocatoria 433 *"estamos en presencia de una situación consolidada, que no puede ser objeto de modificación por el tránsito de legislación en la materia"*, lo que además implicaría *"el cambio de las reglas de juego a que se sometieron miles de aspirantes",* argumentos que incidieron en la expedición de las orientaciones consignadas en el "*Criterio Unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019"* de 16 de enero de 2020.

Continuó señalando que la Accionante no se encuentra en posición meritoria, por lo que le asiste apenas una mera expectativa.

Resaltó que el *Criterio Unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019"* de 16 de enero de 2020 señaló que las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes que correspondan con los "mismos empleos", entendiendo por éstos *"aquel con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes".*

Sobre la vigencia de dos años de las listas de elegibles según el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, señaló que por "Decisión del 27 de mayo de 2020" se concluyó que la emergencia nacional no afectó la vigencia de las listas de elegibles, por cuanto el Decreto 491 de 2020 "*habilitó el nombramiento de quienes se encuentran en posición meritoria dentro de una lista de elegibles en firme"*.

Concluyó la Entidad afirmando que la Accionante no alcanzó *"el puntaje requerido para obtener una posición meritoria"* de conformidad con el número de vacantes ofertadas y que el acto administrativo mediante el cual se conformó la lista de elegibles se encuentra sin vigencia.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[8]

El 12 de agosto de 2020 el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pamplona resolvió negar el amparo constitucional invocado por MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL respecto de los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos.

Argumentó, respecto a la negativa del amparo deprecado y su procedencia, que aun existiendo otro mecanismo idóneo para controvertir escenarios de aplicabilidad de las listas de elegibles en materia de concursos de mérito, esta acción procede excepcionalmente cuando se prevea que el medio resulte ineficaz ante la injerencia de un perjuicio irremediable, y procederá de forma transitoria.

Refirió que la normativa imperante respecto a la firmeza y vigencia de la lista de elegibles (2 años), en consideración a las medidas adoptadas con ocasión a la pandemia COVID 19 que suspendieron cronogramas y términos en los procesos de selección, no incidieron en su continuación ni en el nombramiento del personal elegible, y así las cosas, según lo asegurado por la CNSC, las medidas tomadas en ocasión a la pandemia no extendieron la vigencia de las listas de elegibles.

Corolario de esta premisa, se indicó que la vigencia de la lista integrada por la accionante se mantuvo hasta la fecha 30 de julio hogaño, tal como dio cuenta la página *web* de la CNSC. Ante ese escenario, refirió, no sería posible emplear la lista de elegibles integrada por la gestora del amparo para proveer vacantes creadas por el Decreto 1479 de 2017, máxime la expiración que se pregona sobre la misma.

Señaló que las disposiciones del concurso son inmodificables, por lo que no es pertinente variar las etapas del proceso, dado que de hacerse se afectarían los principios rectores que rigen y encausan los concursos de mérito. Ateniente al factor de vigencia que ostentaba la lista conformada por la Accionante, la cual expiró el 30 de julio cursante, no es factible ordenar al extremo convocado tener presente y/o hacer uso de la lista contenida en la Resolución No. CNSC-20182230072935 del 17 de julio de 2018.

[8] Folio 589 y ss.

Recalcó la instancia que la Actora pretendía acudir al amparo constitucional bajo la expectativa de lo fallado por el Tribunal Superior de Pamplona en el expediente 54-518-31-12-002-2020-00033-01, no obstante, instauró la acción faltando dos días para expirar la vigencia de la lista, reprochando de esa forma la falta de accionar temprano o en un lapso prudencial, pues no se prevé en el escrito de tutela una justificación que sustente la mediación de un impedimento ante la actuación tardía.

Apuntalando lo esgrimido, el Despacho sustanciador evidenció el no cumplimiento del requisito de inmediatez, no siendo aceptable que se hubiere esperado hasta casi el cumplimiento del término de caducidad para acudir al mecanismo residual.

IMPUGNACIÓN[9]

Inconforme con la decisión adoptada por la *A quo,* la accionante MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL impugnó el fallo de primera instancia, manifestando que la juez de instancia profirió un pronunciamiento no congruente y contradictorio a los planeamientos hechos en el escrito de tutela, incurriendo en error de hecho y de derecho al fundar sus consideraciones de forma inexacta por injerencia de interpretaciones erróneas respecto del fondo del asunto y lo pretendido.

Aunado a ello, solicitó que se revoque el fallo y en su lugar se conceda la protección de los derechos invocados, accediendo a las pretensiones y tomando los correctivos a que haya lugar en razón al vencimiento de la lista de elegibles.

Aduce que el fallo proferido no comportó un estudio de fondo frente a las verdaderas condiciones que rodean los hechos planteados y la normativa aplicable al escenario de acceso a cargos públicos, omitiendo además el precedente producido por el órgano de segunda instancia perteneciente al Distrito Judicial de Pamplona, el cual comporta situaciones fácticas y jurídicas similares a la estudiada.

Resaltó las acciones transitorias adoptadas por la CNSC ante la declaratoria de la emergencia generada por el COVID 19, directrices que comportaban una suspensión de términos para los procesos cursantes en materia selección de elegibles, vigencia de listas, etc. De cara a lo referido, aduce que el fallo proferido se limitó a lo esbozado por las Accionadas en las contestaciones, obviando los

[9] Folio 634 y ss.

parámetros fijados en pro de prevenir la propagación del virus endémico, prorrogando así el tiempo de vigencia de cada proceso electivo.

Indicó que el artículo 6 de la ley 1960 de 2019 que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 le abrió la oportunidad de acceder a un nombramiento en razón al concurso, respecto del que existen vacantes, no sólo para el número OPEC al que concursó, sino para cualquier otra que haya surgido con posterioridad a la convocatoria, pero que los entes accionados se niegan a acatar aplicando conceptos contradictorios.

Insistió que, en compaginación a las normas citadas, al precedente referido y a las vacantes declaradas desiertas las cuales deben ser suplidas por personal de carrera meritoria, le asiste el amparo deprecado frente a los derechos amenazados por las Accionadas.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA. -

Este Tribunal es competente para conocer de la impugnación de la presente Acción de tutela según lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política y artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

Cabe anotar que a pesar de haberse mencionado la existencia de pronunciamientos judiciales anteriores[10], por no haberlo planteado así la pasiva, nada obsta para que se emita decisión de mérito[11].

PROBLEMAS JURÍDICOS. -

Procurará esta Corporación dilucidar:

[10] Sentencia 18 de noviembre de 2019, radicación 76001333302120190023401, Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca y sentencia de 19 de mayo de 2020, Tribunal Administrativo de Risaralda, radicado 66001-33-003-2020-00127-01.
[11] *"7.8. Si por alguna razón se omite por el sujeto demandado poner de presente las condiciones que admiten que el caso sea remitido a una misma autoridad, en los términos en que se disponen en el decreto en cita, ninguna consecuencia se deriva de ello en el campo procesal, pues el juez al que se le atribuya el caso deberá proceder a su trámite, según los criterios de competencia que hayan motivado su asignación, ante la falta de conocimiento de los supuestos que activan esta regla especial de reparto. De ahí que, al igual que ocurre con el Decreto 1382 de 2000, esta última tampoco es un motivo válido para suscitar un conflicto de competencia, o para declarar la nulidad de lo actuado en el curso del proceso"*. Corte Constitucional, Auto 172 de 2016.

1).- ¿La acción de tutela presentada por MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL cumple con los requisitos generales de procedencia contra actos administrativos emitidos en un concurso de méritos?

2.- ¿Es aplicable el artículo 6 de la ley 1960 de 2019 a la convocatoria 433 ICBF?

3.- ¿Es vulneratorio de los derechos fundamentales de la accionante que tanto el ICBF como la CNSC usen el código OPEC para dar aplicación a la expresión *"cargos equivalentes no convocados"* contenida en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019?

REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA. -

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Nacional, toda persona puede ejercer la acción de tutela mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, siempre que resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares. La acción de tutela resulta procedente cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial eficaz para la protección de sus derechos, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la consolidación de un perjuicio irremediable.

En esta medida, antes de pronunciarse de fondo sobre el caso concreto, es deber del juez constitucional verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, a saber: *(i)* la legitimación en la causa por activa y por pasiva, *(ii)* la inmediatez y *(iii)* la subsidiariedad[12].

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. -

Este requisito de procedencia tiene por finalidad garantizar que quien interponga la acción tenga un *"interés directo y particular"* respecto de las pretensiones elevadas, de manera que el juez constitucional pueda verificar que *"lo reclamado es la protección de un derecho fundamental del propio demandante y no de otro"*. A su vez, esta acción debe ser ejercida en contra del sujeto responsable de la presunta

[12] Corte Constitucional, sentencia T 091 de 2018.

vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, sea este una autoridad pública o un particular[13].

Por activa tenemos a MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL, ciudadana que agotó todas las etapas como concursante en la convocatoria 433 de 2016- ICBF y que al momento de la interposición de la acción integraba una lista de elegibles vigente, como ya verá a continuación, sobre la cual asienta su pedimento. Por pasiva tenemos el tándem INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, entidades públicas del orden nacional que comparten responsabilidades y funciones en el diseño, implementación y ejecución del concurso de la convocatoria ICBF 433.

De esa manera se da por acreditado este requisito.

INMEDIATEZ. –

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe presentarse en un término razonable computado a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. Este requisito tiene por finalidad preservar la naturaleza de la acción de tutela, concebida como *"un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados"*[14].

Con el fin de orientar la labor del juez de tutela, la jurisprudencia constitucional ha identificado cinco criterios que ayudan a determinar, en cada caso, el cumplimiento del requisito de inmediatez: (i) la situación personal del peticionario, que puede hacer desproporcionada la exigencia de presentar la acción de tutela en un término breve; (ii) el momento en el que se produce la vulneración, ya que pueden existir casos de violación permanente de derechos fundamentales; (iii) la naturaleza de la vulneración, pues la demora en la presentación de la tutela puede estar relacionada, precisamente, con la situación que, según el accionante, vulnera sus derechos fundamentales; (iv) la actuación contra la que se dirige la tutela, ya que si se trata de una providencia judicial, el análisis debe ser más estricto, y (v) los efectos de la

[13] *Ibídem.*
[14] Corte Constitucional, sentencia SU 391 de 2016.

tutela en los derechos de terceros, quienes tienen la expectativa legítima de que se proteja su seguridad jurídica[15].

En al caso de marras, tenemos varios actos que se candidatizan para ser contemplados como hitos a partir de los cuales se compute el tiempo de iniciación de los perjuicios; a saber, 27 de junio de 2019, fecha en la cual se promulgó la Ley 1960 de 2019, 1 de agosto de 2019 y 16 de enero de 2020 cuando se emitieron sendos "Criterios Unificados" que la interpretan, pues son un mecanismo administrativo por medio del cual la CNSC ejerce la función consignada en el literal h del artículo 11 de la Ley 909 de 2004[16].

Dado que la Ley 1960 no irrogó perjuicio alguno a la Tutelante (y por el contrario le otorgó derechos), lo que le correspondía era esperar su acatamiento por las Accionadas. Podría afirmarse que la situación era pasible de la acción de cumplimiento, sin embargo, el inciso primero del artículo 9 de la Ley 393 de 1997 dispuso que este mecanismo es subsidiario a la tutela, por lo que no estaba obligada a agotarlo[17], confluyendo aquí con el requisito de subsidiariedad como se analizará más adelante.

Con respecto a los "Criterios Unificados", tenemos que el primero de ellos emitido por la CNSC en sesión de 1 de agosto 2019, que abordó el tema de la *"lista de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019*", estructuró el siguiente referente legal:

CRITERIO ADOPTADO

> Las listas de elegibles expedidas y que se van a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la ley 1960, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria.
>
> De otra parte, los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la ley 1960, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas las reglas previstas para las listas de elegibles.
>
> En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad **únicamente es aplicable a las listas expedidas**

[15] *Ibídem.*
[16] *"h) Expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa"*;
[17] *"La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela".*

> **para los procesos de selección que fueron aprobadas con posterioridad al 27 de junio y por esa razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada[18].**
> *Negrilla fuera de texto.

Dado que el Acuerdo gobernante de la convocatoria 433 fue el 201610000001376 de 5 de septiembre de 2016[19], cual incontrovertiblemente precedió a la Ley 1960 de junio de 2019, según el Criterio Unificado antedicho sus listas de elegibles sólo podrán ser utilizadas para las precisas vacantes que ofertó. En esa medida, podría considerarse que al quitar el derecho al reuso de su lista, este Criterio Unificado debe ser el que inicia el cómputo temporal de la debida diligencia que la Accionante debió desplegar para hacerlos respetar.

Sin embargo, el 16 de enero de 2020 a través del *criterio unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019*", la CNSC revocó el de agosto de 2019, y en su lugar permitió que las listas procedentes de convocatorias anteriores a la Ley 1960 fuesen utilizadas en vacantes posteriores a ellas, siempre y cuando tuviesen el mismo número OPEC:

> De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir las vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "**mismos empleos";** entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación, básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con el número de OPEC[20].
> *Negrilla en el original.

Por lo tanto, habiéndose revocado el Criterio Unificado de agosto de 2019 que impedía la reedición de las listas, y habiéndose proferido un nuevo acto administrativo, el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020 que lo permitía (aunque con un condicionante nuevo, el código OPEC), es razonable tomar éste y no aquél como punto de partida del cómputo de inmediatez.

[18] https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos#
[19] Folio 97 y ss.
[20] Folio 187 y ss

Además, se acreditó la existencia de la Resolución 4970 del 24 de marzo de 2020, "Por la cual *la Comisión Nacional del Servicio Civil adopta medidas transitorias para prevenir y evitar la propagación de COVID-19*"[21], la cual dispuso "*Suspender los cronogramas y términos en los procesos de selección que adelanta la CNSC, incluidos aquellos atinentes a las reclamaciones, solicitudes de exclusión, expedición de listas y firmeza individual y general de listas a partir del 24 de marzo y hasta el 13 de abril de 2020"* (artículo primero) e "*Interrumpir los términos de caducidad y prescripción de los diferentes procesos que adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil; en consecuencia, las dependencias deberán adoptar las medidas necesarias en las actuaciones que se encuentren en curso y en las que se computen términos para dar cumplimiento a lo dispuesto"* (artículo primero), siendo notable que este acto administrativo ordenó *"Suspender la atención al público de manera presencial a partir del 24 de marzo y hasta el 13 de abril de 2020; no obstante, el Grupo de Atención a PQR y Orientación al Ciudadano continuará atendiendo los canales previstos en los horarios establecidos, como el chat, correo electrónico, atención telefónica y ventanilla única, a través de la página web de la Comisión"* (artículo quinto).

La vigencia de este acto administrativo fue prorrogada inicialmente hasta el 26 de abril (Resolución 5265 del 13 de abril de 2020)[22] y luego hasta el 11 de mayo (Resolución 5804 del 24 de abril de 2020[23]*.*

El hecho que tales actos administrativos efectivamente hayan extendido la vigencia de la lista de elegibles fue descartada por la CNSC, pues según ésta, su decisión de 27 de mayo de 2020 concluyó que *"la Declaratoria de Emergencia Nacional no afectó la vigencia de las listas de elegibles. Por cuanto, tal como se explicó en líneas precedentes, la disposición aplicable al Decreto 491 de 2020, habilitó el nombramiento de quienes se encuentran en posición meritoria dentro de una lista de elegibles en firme, y en ese sentido los efectos de la vigencia de éstas continuaron intactos, permitiendo hacer uso de éstas"*[24]*.*

Atendiendo que esta acción de tutela fue interpuesta por MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL el 28 de julio de 2020[25], que su lista fue emitida el 17 de julio de 2018[26]

[21] Folios 246 y 247.
[22] Folios 248 y 249.
[23] Folios 250 y 251.
[24] Folio 550.
[25] Folio 2.
[26] Folio 141 y ss.

y que tiene una vigencia de dos años desde su firmeza, extendiéndose tal término hasta el 30 de julio de 2020 según el CNSC[27], es irrefutable que el amparo se radicó estando vigente.

Ahora, el argumento central con el cual se despachó desfavorablemente la tutela por la *A quo* fue que la Accionante acudió al mecanismo de amparo *"a dos días de su* ***caducidad****, sin que se observe justificación para no hacerlo en el momento señalado[28]".*

Lejos de tal conclusión, esta Corporación haya justificado el proceder de la Accionante, en la medida en que si se considera el Criterio Unificado CNSC de enero de 2020 como hito para sondear su incuria y por medio del Decreto 457 de 2020 de 22 de marzo de 2020 el Gobierno Nacional ordenó el aislamiento preventivo obligatorio, el cual en sus avatares se extendió, en lo que a esta acción interesa, hasta el 15 de julio de 2020 en virtud del Decreto 978 de 2020, constatamos la existencia de una situación superlativamente inédita que incuestionablemente impactó la posibilidad de ejercicio efectivo de derechos de la ciudadanía.

Es irrelevante para el caso si hubo extensión en la vigencia de las listas, no sólo porque la acción se interpuso en su vigencia, sino además porque el artículo 14 del Decreto 491 de 28 de marzo que posibilitó los nombramientos en medio de la pandemia no hizo referencia a ello[29], mientras que la referida Resolución 4970 del 24 de marzo de 2020 ordenó genéricamente a la CNSC "*Interrumpir los términos de caducidad y prescripción* de *los diferentes procesos que adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil",* siendo tal vencimiento equiparable a la caducidad, como acertadamente consideró la *A quo.*

A juicio de la Corporación, este estado de cosas que se puede calificar sin ambages como calamitoso, justifica satisfactoriamente que la acción de tutela haya sido

[27] Folio 199.
[28] Folio 615.
[29] *"Artículo 14. Aplazamiento de los procesos de selección en curso. Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, para garantizar la participación en los concursos sin discriminación de ninguna índole, evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento social, se aplazarán los procesos de selección que actualmente se estén adelantando para proveer empleos de carrera del régimen general, especial constitucional o específico, que se encuentren en la etapa de reclutamiento o de aplicación de pruebas. Las autoridades competentes deberán reanudar dichos procesos una vez se supere la Emergencia Sanitaria. En el evento en que el proceso de selección tenga listas de elegibles en firme* ***se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones señalados en la normatividad vigente aplicable a la materia.*** *La notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar haciendo uso de medios electrónicos. Durante el período que dure la Emergencia Sanitaria estos servidores públicos estarán en etapa de inducción y el período de prueba iniciará una vez se supere dicha Emergencia".*
*Subrayado propio.

radicada el 28 de julio de 2020, apenas 12 días después de los 6 meses siguientes a la producción del Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, pero en todo caso, en la vigencia inicial de la lista de elegibles.

Adicionalmente, no puede desdeñarse que obran en la actuación respuestas a derechos de petición radicados por la Accionante, a saber, de la CNSC de 3 de abril de 2020[30] y del ICBF de 5 de marzo de 2020[31] que acreditan la realización de acciones positivas tendientes a recaudar información sobre su derecho.

SUBSIDIARIEDAD. -

Sobre este criterio, que controla el ejercicio suplementario de la acción de tutela, ha señalado la Corte Constitucional:

> 44. La acción de tutela procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial efectivo para la protección de sus derechos fundamentales o, en caso de existir tal recurso judicial, se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El carácter subsidiario de esta acción *"impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales (…) y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional".*
>
> 45. No obstante, la Corte ha advertido que el estudio de la subsidiariedad de la acción de tutela no consiste en una mera verificación formal de la existencia de otros mecanismos judiciales o administrativos. Por el contrario, le corresponde al juez constitucional analizar la situación particular del accionante y los derechos cuya protección se solicita, con el fin de comprobar si aquellos resultan eficaces para la protección de los derechos fundamentales. Por ejemplo, en los asuntos que involucran derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, el análisis del cumplimiento del requisito de subsidiariedad es menos riguroso, debido al interés superior de los menores de edad, garantizado por el artículo 44 de la Constitución.
>
> 46. De manera reiterada, la Corte ha advertido que el juez constitucional debe determinar si los medios de defensa judicial disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien acude a la acción tutela. Si no es así, puede otorgar el amparo de dos maneras distintas: (i) como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria, y (ii) como mecanismo

[30] Folio 199 y ss.
[31] Folio 201 y ss.

> eficaz de protección de los derechos fundamentales. La primera posibilidad implica que, si bien las acciones ordinarias pueden proveer un remedio integral, no son lo suficientemente expeditas para evitar un perjuicio irremediable. La segunda, que el medio de defensa ordinario no ofrece una solución integral para la protección de los derechos fundamentales comprometidos.
>
> 47. La existencia de las otras vías judiciales debe ser analizada en cada caso concreto, en cuanto a su eficacia. Si no permiten resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrecen una solución integral para el derecho comprometido, es procedente la acción de tutela como mecanismo de amparo definitivo de los derechos fundamentales invocados[32].

Con ese lineamiento, le corresponde a esta corporación determinar *i).* - si existe otro mecanismo de defensa judicial, *ii).* - si de existir brinda protección *"eficaz y completa"*, y finalmente, si no es así, iii). - determinar si se debe otorgar el amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o como *"mecanismo de amparo definitivo de los derechos fundamentales invocados"*.

Como esta actuación versa sobre un derecho particular y concreto consignado en un acto administrativo, el escenario natural en que debería darse el debate sería la acción de nulidad y restablecimiento consignada en el artículo 138 CPCA[33]. Sin embargo, tratándose de concurso de méritos, profusa ha sido la jurisprudencia constitucional sobre la posibilidad de ejercicio de la acción de tutela, a pesar de la existencia de otro mecanismo de defensa judicial.

En un caso fácticamente similar al que se estudia, consistente en que una integrante de la lista de elegibles ubicada en una posición (5) que excedía la de plazas convocadas (2), quien aspiraba a que tal fuera utilizada para proveer las vacantes definitivas, expresó la Corte Constitucional:

> De forma pacífica, la Corte ha señalado que conforme al artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, al que se puede recurrir ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de los derechos invocados o cuando

[32]Corte Constitucional, sentencia T 091 de 2018.
[33] Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda 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 le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. 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, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

> existiendo se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.
>
> Por consiguiente, si hubiere otras instancias judiciales que resultaren eficaces y expeditas para alcanzar la protección que se reclama, el interesado debe acudir a ellas, antes de pretender el amparo por vía de tutela. Es decir, la subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto, pues el amparo no puede desplazar los mecanismos de defensa previstos en la correspondiente regulación común.
>
> De esta manera, en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos esta Corporación ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de **la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos**.
>
> (…)
>
> Al hilo de lo expuesto, se concluye que según la jurisprudencia de esta Corporación, **la acción de tutela es el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir asuntos referentes a la provisión de cargos de carrera de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles por los concursos de mérito,** por cuanto, como se verá en el siguiente acápite, se pretenden garantizar no solo los derechos a la igualdad y al debido proceso, sino además la debida aplicación del artículo 125 de la Constitución Política[34]. Negrilla fuera de texto.

Como ya se refirió, no procedía la acción de cumplimiento en la actuación que hoy nos ocupa.

Considerando nuevamente que el hito iniciático es el Criterio Unificado CNSC de 16 de enero de 2020, la acción de nulidad y restablecimiento, prevalente dentro de la actuación, con la salvedad anotada para el concurso de méritos, hubiese caducado, sin contratiempos, el 16 de mayo del mismo año. Sin embargo, desde el 16 de marzo de 2020 el H. Consejo Superior de la Judicatura ordenó la suspensión de términos por medio del Acuerdo PCSJA20-11517 de 15 de marzo de 2020, detención que se extendió hasta el 1 de julio de los corrientes, cuando tales fueron reanudados por medio del Acuerdo PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020.

[34] Corte Constitucional, sentencia T 112 A de 2014.

Realizando el cómputo respectivo, verificamos que la nativa acción de nulidad y restablecimiento sólo habría caducado hasta el 2 de septiembre de 2020, por lo que se demuestra que el amparo se inició dentro de tal término, por lo que se descarta que esta acción sea usada para contrarrestar la desidia de la Accionante en tal punto.

En ese orden, esta Corporación considerará superado el requisito de subsidiariedad en función de la ineficacia del mecanismo prevalente y la imposibilidad de ejercicio en gran parte de su lapso de caducidad.

Decisión de avocamiento material que, entre otras, encuentra respaldo en la sentencia T-551 de 2017[35] y en nuestros precedentes horizontales, como son los fallos con radicados 54-518-22-08-002-2019-0005-00, 54-518-22-08-003-2017-00017-00 y 54-518-31-84-001-2020-00021-01.

CASO CONCRETO

1.- Cribadas las argumentaciones expuestas por los sujetos procesales, se precisa la materia objeto de la controversia en que la accionante MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL se postuló y agotó todas las etapas de la convocatoria 433 de 2016 para proveer el cargo de profesional especializado código 2028 grado 17 en el ICBF radicado en la Regional Santander, la cual culminó satisfactoriamente (y sin que en esta acción nada se le reproche), con la lista de elegibles elaborada por el CNSC mediante Resolución 72935 del 17 de julio de 2018 en la que se ubicó en sexto lugar[36], lo que arrojó el nombramiento en los empleos a quienes ocuparon los tres primeros lugares vacantes ofertados, según informó el ICBF mediante oficio 20201210000060601 del 2020 del ICBF[37].

2.- Así, la pretensión de la Accionante se especifica en que, saturada por otras personas la pretensión laboral inicial que motivó su inscripción en la convocatoria,

[35] "*En el caso concreto, la Sala considera que debe analizarse la procedencia de la tutela como mecanismo definitivo de protección, toda vez que en el proceso de selección para ocupar el cargo de dragoneante y de ascensos del INPEC que ya cuenta con lista de elegibles,* ***i)*** *las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces[35] para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes[35] y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo[35], es decir, se necesita una acción de protección inmediata[35]; y,* ***ii)*** *se trata de un acto administrativo a través del cual se establecen criterios sobre los resultados de la prueba médica de los aspirantes, viéndose posiblemente lesionado derechos fundamentales de aquellos, al concurso de mérito*."
[36] Folio 141 y ss.
[37] Folio 201 y ss.

se le ampare el derecho a postularse a un cargo homólogo en el ICBF en tanto que integrante de la lista de elegibles fruto de un concurso de méritos.

3.- En auxilio de su pretensión expone que en la Resolución CNSC 72935/18 que confeccionó su lista de elegibles consignó tal derecho en su numeral cuarto la consolidación de las listas con miras a su reúso[38], aunque tal fue revocada por la Resolución CNSC 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, por ser incompatible con la sentencia SU 446 de 2011 de la Corte Constitucional, el Decreto 1894 de 11 de septiembre de 2012 y el Acuerdo 20161000001376 (marco de la plurimencionada convocatoria).

4.- Argumento estelar de la Accionante es que la irrupción del artículo 6 de la Ley 1960 de junio 27 de 2019 (que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004)[39], la cual reflotó la posibilidad de reúso de su lista de elegibles.

5.- En su respuesta a esta acción[40], la CNSC pretextó la imposibilidad de hacer uso de la lista de la elegibles de la accionante porque i) la Ley 1960 de 2019 no tiene aplicabilidad retrospectiva, es decir no puede incidir en la convocatoria 433 ICBF por serle anterior ya consolidada, ii) porque la Accionante no ocupó una posición meritoria, lo que implica que ostenta una mera expectativa y iii) porque su lista de elegibles se encuentra vencida.

Así mismo ratificó la aplicabilidad al caso del "*criterio unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019*"[41] emitido por la CNSC en sesión de 16 de enero de 2020 (acto que se ha identificado como el presuntamente lesivo de los derechos fundamentales de la Accionante), el cual diluyó la posibilidad de reúso de la lista, puesto que asimiló la categoría "mismo empleo", útil para cubrir las vacantes definitivas surgidas con posterioridad a la convocatoria mencionados en tal Ley, sólo a aquel que comparte el mismo código OPEC:

---

[38] *"ARTICULO 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 méritos 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".*

[39] 4.- Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

[40] Folio 542 y ss.

[41] Folio 548.

> De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir las vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "**mismos empleos"; entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación, básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con el número de OPEC**[42].
> *Negrilla y subrayado fuera de texto.

Como NO EXISTE OTRO CARGO CON EL MISMO CODIGO OPEC, actualmente la Accionante no cuenta con la posibilidad de acceder a las vacantes definitivas para el cargo al que concursó, profesional especializado código 2028 grado 17, a pesar de haber integrado una lista de méritos que agotó un concurso de méritos.

6.- Mediante oficio 20201020333541 de 3 de abril de 2020, la CNSC dio respuesta a derecho de petición de la Accionante. En esta comunicación, la Entidad refirió, con base en el Criterio Unificado de enero de 2020 que la OPEC, que para proveer las vacantes no ofertadas "*la Comisión nacional procederá a verificar las listas vigentes de la entidad que cumplan con las características de los empleos que requieran ser provistas*", resaltando más adelante que "*a la fecha no existe solicitud de uso de lista de elegibles por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar* ***para proveer vacantes iguales al empleo ofertado Nro. 38762****, razón por la cual no resulta viable que esta Comisión Nacional realice trámite alguno al respecto"*[43].

Por otra parte, mediante oficio 20201210000060601 de 5 de marzo de 2020, el ICBF respondió derecho de petición a la Accionante, ratificando que sí se utilizarían las listas de elegibles de la convocatoria 433, pero bajo el entendido que se haría merced al código OPEC:

> De lo anterior se colige, que el ICBF no debe ni puede hacer uso de la lista elegibles para proveer empleos similares o equivalentes, pues eso sólo es posible para los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, y la convocatoria 433 de 2016 adelantada por la CNSC para proveer las 2470 vacantes definitivas del ICBF inició con la firma del acuerdo número 20161000001376 de fecha 5 de septiembre de 2016.

[42] Folio 187 y ss.
[43] Folio 200.

> Con fundamento en lo anterior, **es claro que los empleos con los que se hará el uso de la lista de elegibles, son aquellos que cumplen con los criterios de: *mismos empleos entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC*.**
>
> **De ahí que para realizar la provisión de las vacantes definitivas de acuerdo con el Criterio Unificado de fecha 16 de enero 2020, el primer filtro que realizará el ICBF obedece a la UBICACIÓN GEOGRÁFICA seguido de los criterios anteriormente señalados, por lo que no es viable hacer uso de listas para ubicación geográfica DIFERENTE a la señalada en la correspondiente OPEC de la que usted participó**[44].
> *Negrilla fuera de texto.

Tal postura fue ratificada en respuesta a esta acción por el ICBF:

> Con base en esa directriz, toda vez que, para los empleos descritos, ofertados dentro de la Convocatoria 433 de 2016, entre otras, **NO existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC, por no corresponder con los criterios de perfil y ubicación geográfica, tal y como se explicó en el acápite factico de este pronunciamiento.**[45]
>
> (…)
>
> Es importante establecer que, para hacer uso de las listas de elegibles conforme al Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, el empleo debe coincidir en su totalidad con cada uno de los parámetros de "***igual denominación, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un numero de OPEC"***. Señalados por la CNSC[46].
> *Subrayado en el original

7.- En profuso y expreso desarrollo jurisprudencial, nuestra Corte Constitucional ha planteado y ratificado la relevancia y trascendencia que el principio del mérito tiene en nuestra Carta Política y en la fórmula del Estado Social de Derecho. En sentencia C 046 de 2018 el artículo 125 superior que la entroniza, fue desglosado así por la Corte Constitucional:

> El alcance de este artículo ha sido examinado y desarrollado ampliamente en la jurisprudencia constitucional, la cual ha dicho que la carrera administrativa es un eje axial del Estado Social de Derecho

[44] Folio 206.
[45] Folio 538.
[46] *Ibídem.*

> y que tal garantía se erige sobre tres elementos determinantes: (i) el mérito; (ii) el concurso de méritos; y (iii) la igualdad de oportunidades para dar plena efectividad a los fines estatales al mismo tiempo que asegura los derechos fundamentales de las personas como la igualdad, el acceso a cargos públicos y la participación. Así pues, de la norma Superior se desprenden cuatro pilares fundamentales que pueden entreverse de su literalidad, estos son: (i) la carrera administrativa como regla general para asegurar el principio del mérito en la función pública; (ii) el concurso de méritos como mecanismo de garantía del mérito; (iii) la potestad de configuración del Legislador en este ámbito; y (iv) la posibilidad de una estructura de la función pública con cargos de libre nombramiento y remoción, elección popular, oficiales y los demás determinados en la ley, como excepciones a la regla general. Dichos elementos se interrelacionan en el desarrollo de la función pública, por lo que deben observarse de forma holística desde los demás preceptos constitucionales aplicables a la materia.

En precedente pronunciamiento había expresado la misma Corporación:

> La carrera es considerada un **principio constitucional**, **definitorio en la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho** desde tres criterios: **(i)** El carácter histórico, con el cual se indica que a través de la historia del constitucionalismo colombiano han sido formuladas diversas reformas constitucionales y legales tendientes a hacer prevalecer el sistema de carrera como la vía por excelencia para acceder al servicio público y de esa manera eliminar prácticas clientelistas, de "amiguismo" o nepotismo, basadas en la función pública y en generar que se acceda a los cargos estatales equitativa y transparentemente realizando una valoración del mérito de los aspirantes. (ii) El segundo criterio es conceptual y hace referencia a que la carrera debe ser entendida como un principio constitucional que cumple con dos objetivos: (i) ser el estándar y método por excelencia para ingresar al servicio público y; (ii) generar una fórmula de interpretación de las reglas relativas al acceso a cargos del Estado que deben comprenderse a tal punto que cumplan los requisitos y finalidades de la carrera, especialmente el acceso de acuerdo al mérito de los aspirantes. (iii) El último criterio es teleológico, por cuanto guarda una estrecha relación con las finalidades que tiene la carrera en el Estado constitucional. Por tal motivo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que al interpretar armónicamente el contenido del artículo 125 C.P. con normas superiores lleva a concluir que el principio de carrera tiene una función articuladora de diversos fines que cuentan con un reconocido valor para el ordenamiento constitucional[47].

Incluso, la Corte Constitucional no ha sido ajena a la utilidad de la herramienta para erradicar deplorables prácticas que afligen la Nación. En sentencia T 180 de 2015 refirió:

[47] Corte Constitucional, sentencia C 034 de 2015.

> El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.

En el mismo sentido, la sentencia T 604 de 2013 señaló que es un "*Principio constitucional de obligatorio cumplimiento para ingreso, ascenso y retiro de empleo público",* y añadió*:*

> Los sistemas de ingreso basados en el mérito tienen como objeto garantizar la permanencia de los empleados y funcionarios en los cargos públicos del Estado y el acceso de los ciudadanos a la administración de acuerdo a sus cualidades, talentos y capacidades. Así mismo, constituye plena garantía que consolida el principio de igualdad, en la medida en que propende por eliminar las prácticas de acceso a la función pública basadas en criterios partidistas, los cuales han sido imperantes en nuestro país a lo largo de toda su historia.

8.- Fijada la preeminencia del principio de carrera, corresponde a esta Corporación determinar el impacto y relevancia constitucional que la Ley 1960 de 2019 pudo tener en la convocatoria 433 ICBF.

9.- Si bien la *ratio decidendi* de la sentencia SU 446 de 2011 fue que las listas de elegibles sólo podían ser utilizadas para proveer los cargos que hubiesen sido previa y expresamente ofertados[48], tal parámetro varió sustancialmente con la promulgación de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, pues le otorgó a las listas la utilidad de cubrir las "*vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso":*

[48] *"Es importante señalar, 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 y 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. Los cargos que se encuentren por fuera de ésta, requerirán de un concurso nuevo para su provisión. Se puede concluir, entonces, que el uso del registro o lista de elegibles se impone sólo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registre la entidad durante su vigencia, siempre y cuando se trate de las plazas ofertadas en el respectivo concurso"*

> 4.- Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos **se cubrirán** las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y **las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados**, **que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad**.

10.- Claro el sentido y la vocación de la Ley 1960, es necesario analizar su aplicabilidad en la convocatoria 433, cuestión que las Accionadas aceptan tácitamente, aunque en estricta consideración al código OPEC, según el Criterio Unificado de enero de 2020.

11.- El primer parámetro de solución de este interrogante, la aplicabilidad de la Ley 1960 a la convocatoria de marras, es el elegido por la CNSC, quien sostuvo que no puede darse una aplicación "retrospectiva" de la Ley 1960 a situaciones que como las de la Convocatoria 433, ya se encuentran consolidadas.

Si bien la ley 1960 señaló que entraba en vigencia desde su promulgación (27 de junio de 2019), refirió que la lista de elegibles se aplicaría a las vacantes *"que surjan **con posterioridad a la convocatoria de concurso** en la misma Entidad",* y en ese orden, surgiría la incógnita de si la norma puede incidir en convocatorias aprobadas antes, como la ICBF 433.

De la mera lectura de su texto se deduce que la propia ley está marcando su ámbito temporal de aplicación, pues no es su hito iniciático la emisión de la convocatoria (ni mucho menos sus actos previos), sino que, aun habiendo sucedido ello, el legislador ordenó su incidencia en las vacantes que surjan con posterioridad a ella, cual es el caso.

No debe olvidarse que el concurso de méritos es un proceso con varias fases, siendo la última (y una de las principales por ser su objeto), la de que con la lista de elegibles "*y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad*", siendo ésta precisamente la modificación introducida al numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004".

En esa medida, no puede considerarse que la emisión de la convocatoria o la conformación de la lista de elegibles petrifica el concurso, el cual por el contrario ingresa en su periodo de mayor dinamismo y relevancia, pues la lista continúa desplegando efectos jurídicos en el tiempo mientras el registro conserve su vigencia, como es aquí el caso.

Entonces, al no haber acaecido una situación jurídica consolidada, no puede afirmarse que la Ley 1960 no podía aplicarse a la convocatoria 433.

Adicionalmente, como lo ha señalado la Corte Constitucional, el artículo 125 de la Constitución Nacional introduce un criterio de interpretación legal que aboga decididamente por la plena eficacia de las normas de carrera administrativa:

> 5. El segundo criterio es de carácter *conceptual* y refiere al entendimiento de la carrera administrativa como un **principio constitucional**. Al respecto debe partirse de considerar que otorgar a una materia en particular la condición de "principio" no solo tiene una consecuencia categorial, esto es, ubicarla como uno de los pilares en que sustenta el ordenamiento superior, sino que **también conlleva particulares funciones hermenéuticas**. Como lo ha señalado la Corte en fallos anteriores,[10] el principio de la carrera administrativa cumple el doble objetivo de *(i)* servir de estándar y método preferente para el ingreso al servicio público y; *(ii)* **conformar una fórmula interpretativa de las reglas que versen sobre el acceso a los cargos del Estado, las cuales deberán comprenderse de manera tal que cumplan con los requisitos y finalidades de la carrera administrativa, en especial el acceso basado en el mérito de los aspirantes. En términos de la jurisprudencia, *"[e]s tal la importancia de la carrera administrativa en el ordenamiento constitucional instituido por la Carta de 1991, que la Corte le ha reconocido el carácter de principio constitucional,[11] bajo el entendimiento de que los principios "suponen una delimitación política y axiológica", por cuya virtud se restringe "el espacio de interpretación", son "de aplicación inmediata tanto para el legislador constitucional" y tienen un alcance normativo que no consiste "en la enunciación de ideales", puesto que "su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica, sin la cual cambiaría la naturaleza de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser"[12]. || Dada la categoría de principio constitucional que le corresponde, en la providencia citada la Corte concluyó que "en el estado social de derecho la carrera administrativa constituye un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-***

> ***jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional"***[49]**.**
> *Negrilla fuera de texto.

O sea, si se considerase que existe un dilema sobre la interpretación de la Ley 1960 en función de su aplicabilidad de la convocatoria 433, no puede apelarse por aquella que implique la contracción del sistema de carrera, pues ello contrariaría los *"requisitos y finalidades"*[50] del principio constitucional de la carrera administrativa (artículo 125 Superior), que además, en su faceta de norte hermenéutico, orienta la debida interpretación legal.

En esa medida, debe considerarse sin ambages que la Ley 1960 rige para la Convocatoria 433, y por ello, por lo que se constituye como un parámetro obligatorio para su ejecución, por lo que su inobservancia afrenta el derecho fundamental al debido proceso.

12.- Como se relacionó anteriormente, en su Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, la CNSC asimiló el concepto de "*cargo equivalente no convocado*" señalado en la Ley 1960, con la OPEC, Oferta Pública de Empleos de Carrera. La OPEC está integrada por la *"información correspondiente al nivel, la denominación, el grado y la asignación salarial de cada empleo, el propósito y las funciones del empleo, los requisitos de estudio, experiencia y las alternativas; la dependencia, el municipio donde se ubica el cargo y el número de vacantes del empleo a proveer"*[51].

Haciendo eco del Criterio Unificado de la CNSC, el ICBF expuso la asimilación del empleo equivalente por la OPEC:

> La OPEC, según definición de la CNSC es el "*listado donde se encuentran las vacantes definitivas que requieren cubrir una entidad el cual se consolida basándose en los manuales de funciones y competencias laborales de los empleos que conforman la planta de personal*". Así las cosas, la OPEC es la lista de vacantes a proveer en el marco de una determinada convocatoria.

[49] Corte Constitucional, sentencia C 533 de 2010.
[50] "La carrera administrativa constituye un principio del ordenamiento superior y del Estado Social de Derecho con los siguientes objetivos: (i) realizar la función administrativa (art. 209 superior) que está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, (ii) cumplir con los fines esenciales del Estado (art. 2 constitucional) como lo son el servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, (iii) garantizar el derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político a través del acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40-7 de la Constitución), (iv) proteger el derecho a la igualdad (art. 13 de la Carta), y (v) salvaguardar los principios mínimos fundamentales de la relación laboral contemplados en el artículo 53 de la Carta". Corte Constitucional, sentencia C 288 de 2014.
[51] https://grupogeard.com/co/ayuda/convocatorias/opec/

> En un establecimiento del orden nacional como el ICBF, que tiene miles de cargos a lo largo del país, se hizo un estudio geográfico de distribución con base en el cual se proyectó la respectiva OPEC para las diferentes Regionales, bajo criterios que no pueden ser desconocidos en el presente asunto[52].

Valga anotar que la asimilación de la equivalencia de cargos al OPEC es de reciente invención por la CNSC, pues incluso en el Criterio Unificado de 1 de agosto de 2019 (que también abordó la incidencia de la Ley 1960 en los trámites meritorios que la precedieron y la sucederán), derogado por el de 16 de enero de 2020, ni siquiera lo mencionó.

Tal asimilación, la de "*empleo equivalente"* con la OPEC, ostenta dos dificultades, una jurídica y una práctica.

En cuanto a lo jurídico, debe atenderse que el Decreto 1083 de 2015 "*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública",* definió "empleo equivalente" en los siguientes términos:

> ARTÍCULO 2.2.11.2.3 *Empleos equivalentes.* Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.

Nótese cómo la definición legal es más estrecha que la insertada en el Criterio Unificado, pues la de éste añade criterios como "nivel", "asignación salarial idéntica", "propósito", "dependencia", "municipio donde se ubica el cargo" y "número de vacantes del empleo a proveer", lo que implica un abierto desafío al criterio hermenéutico consignado en el artículo 28 del Código Civil que dispone que *"Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras;* ***pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal****"*. (Negrilla fuera de texto).

[52] Folio 532 y 533.

En el aspecto concreto, debe considerarse que el propósito de la Ley 1960 fue ordenar la utilización de las listas existentes para proveer las *"vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad*", o sea, reglamentar que las plazas que no estaban disponibles para el inicio de la convocatoria puedan ser provistas por el sistema de mérito; Por el contrario, la definición de la CNSC, al reducir la equivalencia de los cargos a su identidad OPEC que los detalla infinitesimalmente (considerando incluso su ubicación territorial o su "*propósito"*), amplifica considerablemente una restricción, lo cual es contrario a la vocación expansiva del sistema de carrera.

De otro lado, la visión de "equivalencia del cargo OPEC", implicaría que el artículo 6 de la Ley 1960 reduciría dramáticamente su efecto práctico, pues quien concursara para un cargo, pero no se posicionara dentro del número de vacantes ofertadas, sólo podría optar por **el mismo cargo** (como lo reconoció la CNSC[53]), prerrogativa con la que de todas maneras cuenta por el hecho mismo de integrar la lista.

Además, gramaticalmente "equivalencia", en un sentido eficaz para el concurso de méritos, implica *"Igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o más cosas o personas"*[54], teniendo por "igual" "*que tiene las mismas características que otra persona o cosa en algún aspecto o en todos*" y *"muy parecido o semejante"*[55], o sea, una relación basada en similitud parcial, mientras que la definición OPEC implica considerar como equivalente sólo lo que es idéntico.

En ese orden de ideas, la interpretación efectuada por la CNSC de que los cargos equivalentes sólo son los que comparten el mismo código OPEC es constitucionalmente inadmisible, y por ello, no es un argumento atendible para negar el derecho reclamado por la Accionante.

Con base en las anteriores consideraciones, es claro que el Concepto Unificado de enero de 2020 es ostensiblemente inconstitucional, en la medida en que desafía flagrantemente el artículo 125 de la Constitución Nacional, no sólo en el espíritu que

---

[53] "*a la fecha no existe solicitud de uso de lista de elegibles por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar* ***para proveer vacantes iguales al empleo ofertado Nro. 38762".*** *Folio 200.*
[54] https://dle.rae.es/equivalencia
[55] https://dle.rae.es/igual?m=form. Negrilla fuera de texto.

lo alienta (la carrera administrativa como regla general y el ingreso y permanencia exclusivamente basado en el través del mérito), sino además por cuanto no consideró tal precepto como un referente hermenéutico, pues de haberlo hecho, habría utilizado la existente definición de "empleo equivalente" del Decreto 1083 de 2015, que amplifica el radio de acción de la carrera administrativa, en vez de concebir una restricción más amplia, que detalla la similitud de cargos hasta recortar ostensiblemente la posibilidad de que las listas puedan ser reutilizadas.

En ese orden de ideas, esta Corporación hará uso de la excepción de inconstitucionalidad[56] consignada en el artículo 4 de la Constitución Política, e inaplicará para el caso el "*criterio unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019*".

13.- Refutadas las argumentaciones con base en las cuales se pretendió escamotear la posibilidad de que la lista de la Accionante pudiese ser utilizada para proveer las vacantes surgidas con posterioridad a la Convocatoria, esta Corporación, acatando además su precedente horizontal que resolvió idéntica situación por medio de sentencia de 30 de junio de 2020 dentro del radicado 54-518-31-12-002-2020-00033-01, amparará los derechos fundamentales conculcados dando las órdenes respectivas para su restablecimiento.

14.- Con relación a la extensión de esta decisión, debe señalarse que la posibilidad de emitir una decisión *inter comunis* (al margen del análisis de si esta Corporación tiene competencia para ello), impondría los siguientes requisitos:

> No obstante, en aras de discusión, si se llegare a decir que se producen efectos *inter comunis,* pese a que por regla general los fallos de la Corte Constitucional en sede de tutela producen efectos *inter partes*, esta Corporación con el fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución y particularmente para proteger el derecho a la igualdad, ha admitido extender los efectos de sus decisiones en sede de tutela, otorgándole efectos *inter comunis*, cuando sea estrictamente necesario evitar la repetición de violaciones de los derechos tutelados.

[56] *"La jurisprudencia constitucional ha definido que "la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales". En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política".* Corte Constitucional, sentencia SU 132 de 2013.

Al respecto en la Sentencia SU-1023 de 2001, esta Corporación desarrolló las razones que justifican la extensión de los efectos a los fallos de tutela. En dicha oportunidad indicó:

> "*Existen circunstancias especialísimas en las cuales la acción de tutela no se limita a ser un mecanismo judicial subsidiario para evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales solamente de los accionantes. Este supuesto se presenta cuando la protección de derechos fundamentales de los peticionarios atente contra derechos fundamentales de los no tutelantes. Como la tutela no puede contrariar su naturaleza y razón de ser y transformarse en mecanismo de vulneración de derechos fundamentales, dispone también de la fuerza vinculante suficiente para proteger derechos igualmente fundamentales de quienes no han acudido directamente a este medio judicial,* ***siempre que frente al accionado se encuentren en condiciones comunes a las de quienes sí hicieron uso de ella y cuando la orden de protección dada por el juez de tutela repercuta, de manera directa e inmediata, en la vulneración de derechos fundamentales de aquellos no tutelantes.***
>
> *En otras palabras, hay eventos excepcionales en los cuales* ***los límites de la vulneración deben fijarse en consideración tanto del derecho fundamental del tutelante como del derecho fundamental de quienes no han acudido a la tutela****, siempre y cuando se evidencie la necesidad de evitar que la protección de derechos fundamentales del accionante se realice paradójicamente en detrimento de derechos igualmente fundamentales de terceros que se encuentran en condiciones comunes a las de aquel frente a la autoridad o particular accionado."*[57]

*Negrilla fuera de texto.

Por ende, el ejercicio radica en identificar a quienes encontrándose en "*condiciones comunes"* con la Accionante, puedan resultar perjudicados con el amparo de sus derechos.

Al respecto, cabe resaltar que la Ley 1960 es aplicable a la convocatoria 433, recordando que fue promulgada posteriormente, en función de las vacantes que *"surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad*", mientras que la previsión del concurso de ascenso implica, ese sí, su estructuración como tal desde el comienzo, según lo señalado en su artículo 29, numeral 3, inciso 3 de la misma Ley:

> Si en el desarrollo del concurso de ascenso **no se inscribe** un número igual de servidores con derechos de carrera por empleo convocado, el concurso se declarará desierto y la provisión de los cargos se realizará mediante concurso de ingreso abierto. Quienes se hayan

[57] Corte Constitucional, Auto 273 de 2013.

> inscrito inicialmente para el concurso de ascenso continuaran en el concurso abierto de ingresos sin requerir una nueva inscripción.
> *Negrilla fuera de texto.

Así, es evidente que la provisión de vacantes por equivalencia en la Convocatoria 433 regida por el Acuerdo 20161000001376 de 5 de septiembre de 2016[58] no vulnera derecho alguno a los funcionarios de carrera que eventualmente pretenderán ascender, por cuanto en ella no se inscribió ninguno como tal.

Adicionalmente, considerando que la fuente de la precisa vulneración de los derechos de la Accionante se ubicó en el Criterio Unificado CNSC de 16 de enero de 2019 que al asimilar la equivalencia de cargos al "número de OPEC" cercenó la posibilidad de que los aspirantes incluidos en las listas de elegibles de la convocatoria 433 pudieran reconsiderarse en nuevas vacantes, debe entenderse que esta decisión no afecta los derechos de ninguno de ellos, pues al haberse ya negado a todos, en nada les perjudica que se conceda a uno de ellos.

Tampoco puede entenderse que quienes ostentan cargos de carrera en provisionalidad pueden ser considerados para extender los efectos de la sentencia a la modalidad *inter comunis*, en la medida en que la terminación de su relación es un efecto legítimo de la provisión de empleos por el sistema de mérito[59].

En la misma línea, frente al argumento del ICBF de que cada OPEC corresponde a una ubicación geográfica y que utilizar la lista de elegibles para proveer otro cargo con la misma nomenclatura en lugar distinto vulneraría el derecho a la igualdad de otros aspirantes que sí se presentaron a cargos para los que existen vacantes en estas zonas geográficas, debe considerarse que la provisión de las vacantes iniciales se ya realizaron *"la mayoría en el año 2018, y algunos que dieron lugar a discusión en el año 2019"*[60], por lo que no es razonable concluir que tales concursantes se encuentran dentro de los parámetros OPEC para ser nombrados, pues de haber sido así, ello ya habría sucedido, y en esa medida, el reconocimiento que aquí se efectúa en nada les perjudica.

---

[58] Folio 97 y ss.
[59] *"Los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, tal y como lo ha reconocido esta corporación en reiterados pronunciamientos, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que se traduce en que su retiro del servicio público solo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos, razones todas estas que deberán ser claramente expuestas en el acto de desvinculación, como garantía efectiva de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad a la función pública".* Corte Constitucional, sentencia T 096 de 2018.
[60] Folio 532, respuesta ICBF.

Finalmente, esta Corporación concluye que no se cumplen las *"condiciones comunes"* que exige la jurisprudencia constitucional para extender los efectos de este fallo, en la medida en que la situación personal de la Accionante y su ejercicio concreto y oportuno de atribuciones de índole administrativa fueron puntales de la decisión, y tales aspectos no le pueden constar respecto del abigarrado grupo humano que concurso con Ella. En ese orden de ideas, esta decisión conservará la regla general del efecto *inter partes*.

15.- Dado que el trámite de nombramiento de un funcionario en carrera es complejo, pues en él confluyen diversas fases, actividades y autoridades, algunas de las cuales no cuentan con un término legal, esta Corporación dará órdenes detalladas para dar cumplimiento al fallo.

Realizada la anterior precisión, se establece que los mandatos se desprenden del itinerario descrito por el ICBF en su respuesta a esta acción para el cumplimiento de la Ley 1960 de 2019 y se amoldarán a las circunstancias excepcionales del caso.

Así, se ordenará que, en el plazo de 3 días contados a partir de la notificación de esta decisión, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR verifique en su planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia del cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17 al que concursó MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL, con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3 del Decreto 1083 de 2015, los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO).

Acto seguido, de hallarlos, en el término de tres días hábiles contados a partir de realizado lo anterior, solicitará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el uso de la lista de elegibles donde MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL ocupó el sexto lugar.

La CNSC informará dentro de los tres días hábiles siguientes si MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL cumple los requisitos para el uso de su lista en los cargos que hayan sido identificados como equivalentes a aquel al que concursó, y definirá la tarifa que debe pagar el ICBF por tal uso. Dentro de los tres días hábiles siguientes de obtenido el concepto favorable, el ICBF expedirá el respectivo certificado de

disponibilidad presupuestal por la suma que soporta su uso, el cual enviará dentro de los tres días siguientes a la CNSC quien expedirá la autorización de uso de la lista de elegibles en otros tres días.

Una vez la CNSC realice tal actividad, el ICBF contará con tres días hábiles para informar a MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una, para la cual ésta contará con diez días, elección con base en la cual el ICBF expedirá la respectiva resolución de nombramiento en periodo de prueba en un término de tres días, y a partir de allí se adelantarán los trámites de aceptación y posesión y demás necesarios para concretar el derecho, de acuerdo con el Decreto 1083 de 2015 y demás normas aplicables. Tal itinerario de sintetiza así:

RESPONSABLE/ ACCIÓN	**TÉRMINO MÁXIMO**
ICBF: Verifica planta global/actualiza SIMO	3 días
ICBF: Solicita a CNSC el uso de la lista de elegibles donde MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL	3 días
CNSC: Informa si MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL cumple requisitos/ define tarifa de uso	3 días
ICBF: Expide CDP	3 días
ICBF: Envío de CDP a CNSC	3 días
CNSC expide autorización de uso	3 días
ICBF informa a MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una	3 días (a partir de comunicación de autorización de uso por la CNSC)
MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL informa vacante de su preferencia	10 días
ICBF expide resolución de nombramiento en periodo de prueba	3 días

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

En mérito de lo expuesto, la SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pamplona, el 12 de agosto de 2020, y en su lugar tutelar los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo,

igualdad y acceso a cargos públicos por el sistema de méritos, conforme la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional *el "criterio unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019"*, emanado de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el 16 de enero de 2020.

TERCERO: ORDENAR que en el plazo de 3 días contados a partir de la notificación de esta decisión, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR verifique en su planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia del cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17 al que concursó MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL, con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO).

Acto seguido, de hallarlos, en el término de tres días hábiles contados a partir de realizado lo anterior, solicitará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el uso de la lista de elegibles donde MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL ocupó el sexto lugar. La CNSC informará dentro de los tres días hábiles siguientes si MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL cumple los requisitos para el uso de su lista en los cargos que hayan sido identificados como equivalentes a aquel al que concursó, y definirá la tarifa que debe pagar el ICBF por tal uso. Dentro de los tres días hábiles siguientes de obtenido el concepto favorable, el ICBF expedirá el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal por la suma que soporta su uso, el cual enviará dentro de los tres días siguientes a la CNSC quien expedirá la autorización de uso de la lista de elegibles en otros tres días.

Una vez la CNSC realice tal actividad, el ICBF contará con tres días hábiles para informar a MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una, para la cual ésta contará con diez días, elección con base en la cual el ICBF expedirá la respectiva resolución de nombramiento en periodo de prueba en un término de tres días, y a partir de allí se adelantarán los trámites de aceptación y posesión y demás necesarios para concretar el derecho, de acuerdo con el Decreto 1083 de 2015 y demás normas aplicables. Tal itinerario de sintetiza así:

RESPONSABLE/ ACCIÓN	**TÉRMINO MÁXIMO**
ICBF: Verifica planta global/actualiza SIMO	3 días
ICBF: Solicita a CNSC el uso de la lista de elegibles donde MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL	3 días
CNSC: Informa si MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL cumple requisitos/ define tarifa de uso	3 días
ICBF: Expide CDP	3 días
ICBF: Envío de CDP a CNSC	3 días
CNSC expide autorización de uso	3 días
ICBF informa a MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una	3 días (a partir de comunicación de autorización de uso por la CNSC)
MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL informa vacante de su preferencia	10 días
ICBF expide resolución de nombramiento en periodo de prueba	3 días

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

CUARTO: COMUNICAR lo decidido a los interesados, de la forma prevista por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, PUBLICAR en la página *web* de dichas entidades la presente decisión, con el fin de notificar a los terceros interesados y vinculados.

SEXTO: REMITIR la actuación procesal a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

La presente decisión fue discutida y aprobada en sala virtual realizada el 18 de septiembre de 2020.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS
Magistrado

JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO
Magistrado

JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ
Magistrado

Firmado Por:

NELSON OMAR MELENDEZ GRANADOS
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 TRIBUNAL SUPERIOR PAMPLONA

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

Código de verificación:
5066be2986aa6cfb7d6f10537c17d2e591f139df20f5c8bab1d2b92a3f369fbe
Documento generado en 18/09/2020 05:00:54 p.m.

T R I B U N A L S U P E R I O R D E L D I S T R I T O J U D I C I A L

S A L A P E N A L – En tutela -

Magistrado Ponente: Dr. JUAN CARLOS DIETTES LUNA

Bucaramanga, octubre veinte (20) de dos mil veinte (2020)

A S U N T O

Se resuelve la impugnación interpuesta por el ASESOR JURÍDICO DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL contra la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2020 por la Juez Sexto Penal del Circuito de Bucaramanga, mediante la cual concedió el amparo deprecado.

A N T E C E D E N T E S

1.- La señora Anyela María Ferro Zanguña manifestó que - en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 - la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó un concurso abierto de méritos - N° 436 de 2017 – mediante el Acuerdo 20171000000116 del 24 de julio de 2017, para proveer 4973 vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje “SENA”; se inscribió para la denominada Profesional Grado 8 OPEC 57608 y a través de la Resolución 20182120138255 del 17 de octubre de 2018 la CNSC conformó la lista de elegibles que cobró firmeza el siguiente 6 de noviembre; inicialmente ocupó el 4° puesto y en la actualidad el 1º, pues los dos primeros aspirantes no

aceptaron, el tercero se posesionó y superó el período de prueba; respecto del uso de la lista de elegibles aplica el fenómeno de la retrospectividad y, por ende, su vigencia es de dos años, acorde con lo establecido en la Ley 1960 de 2019, la Circular 001 de 2020, el Acuerdo 165 de 2020 y el criterio unificado sobre uso de listas de elegibles de la CNSC del pasado 16 de enero; el artículo 58 del Acuerdo N° CNSC – 20171000000116 del 24 de julio de 2017 dispuso la recomposición automática de las listas de elegibles una vez los aspirantes tomen posesión del empleo en estricto orden de mérito, no acepten o no se posesionen dentro de los términos legales, o sean excluidos – artículos 55 y 56 –.

El SENA solicitó autorización a la CNSC para usar las listas de elegibles en vacantes no reportadas en la Convocatoria 436 de 2017, así: (I) Marzo 24 de 2020, primer bloque – Radicado N° 20203200436562 –, correspondiente a (i) Dirección General - Dirección Jurídica - Profesional (SENA) - 8 - 1 - 118945 y (ii) Huila - Centro de Gestión Dllo Sostenible Surcolombiano - Profesional (SENA) - 8 - 1 - 118578, dado que no existían listas de elegibles para cubrir esas plazas y, en consecuencia, el SENA reconoció la existencia de dos vacantes definitivas para los mismos o similares empleos a los que ha concursado y (II) Abril 30 de 2020, segundo bloque – Radicado N° 20203200520132 –, correspondiente a Cundinamarca – Despacho Dirección - Profesional - 8 - 1 - 130310, es decir, reconoció la existencia de una vacante definitiva similar a la cual concursó y no reportó en la Convocatoria 436; por consiguiente, su OPEC 57608 podía ser utilizada para ocupar una de dichas vacantes – según el estudio que efectuara la CNSC -, pues se trata de empleos iguales, con funciones, requisitos y asignación iguales – acorde con el Manual de Funciones -, de tal forma que si el SENA no efectuaba esa solicitud a la CNSC o pedía ofertarla en un nuevo concurso, vulneraría sus derechos fundamentales, máxime si las estaban ocupando personas nombradas en provisionalidad.

Afirmó que el 17 de mayo de 2010 – sic – le solicitó al SENA usar la lista de elegibles en que se encuentra en el primer puesto para su nombramiento – Radicados N° 7-2020-080337 y N° 7-2020-080755 -, contestándole el pasado 23 de junio que "… del reporte realizado hasta el momento a la CNSC de las vacantes definitivas generadas con posterioridad a la realización de la Convocatoria 436 de 2017 y de las vacantes cuyos concursos fueron declarados desiertos, no existe una vacante (desprovista, en provisionalidad o en encargo) que corresponda al empleo OPEC N° 57608, el cual se denomina Profesional Grado 08, ubicado en el municipio de Soacha (Cundinamarca), con el propósito, funciones y requisitos del proceso GESTIÓN DEL TALENTO HUMANO. En caso que con posterioridad se presente alguna vacante en la cual Usted cumpla con los requisitos para ser nombrada y se cuente con autorización de la CNSC, será oportunamente informada…el uso de las listas conformadas en el marco de la Convocatoria 436 de 2017 únicamente procede frente a vacantes que correspondan a los "mismos empleos" reportados y respecto a los cuales ya se brindó una respuesta concreta…".

Después de citar algunos pronunciamientos judiciales emitidos en situaciones similares, solicitó amparar sus derechos fundamentales y, por lo tanto, (i) ordenar al Director Nacional del SENA - o a quien delegara - procediera de manera prioritaria a solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil el uso de la lista de elegibles conformada por la Resolución 20182120138255 del 17 de octubre de 2018 para suplir todas las vacantes definitivas que surgieron con posterioridad al cierre de la OPEC o no reportadas, relacionadas con el empleo de Profesional Grado 8 y (ii) ordenar a la CNSC realizar el estudio técnico de la citada Resolución 20182120138255 y remitir la autorización con su nombre para cubrir las vacantes definitivas del empleo de Profesional Grado 8 iguales o equivalentes o empleos con similitud funcional; en forma subsidiaria, pidió (i) suspender la vigencia del artículo 6° de la referida Resolución 20182120138255, a fin de no causar un perjuicio irremediable por la posible mora en el estudio y las actividades administrativas y financieras que desarrollan el SENA y la CNSC, (ii) limitar en el tiempo al SENA y a la

CNSC para realizar los trámites administrativos y financieros requeridos, sin que sea superior a la vigencia de las listas de elegibles, (iii) vincular a los terceros interesados como los funcionarios que ocupan dichos cargos en provisionalidad al interior del SENA y (iv) pedir al SENA y a la CNSC que al contestar la acción de tutela informaran las vacantes definitivas (desiertas, nuevas generadas por alguna causa legal, vacantes no reportadas o cargos creados) existentes para el cargo de Profesional Grado 8 o equivalentes del SENA, indicando el propósito, funciones, requisitos y asignación salarial, con el objeto de establecer la similitud funcional del cargo.

2.- Una vez avocado conocimiento el Juez Sexto Penal del Circuito de Bucaramanga corrió traslado del escrito de tutela y los interesados contestaron lo siguiente:

2.1. Un asesor jurídico de la CNSC manifestó que el amparo deprecado se tornaba improcedente en virtud del principio de subsidiariedad, puesto que la demandante dispone de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho previstos en la Ley 1437 de 2011 para controvertir los resultados del concurso, aparte que no demostró la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable constitutivos de un perjuicio irremediable; además, consultado el Banco Nacional de Listas de Elegibles constató que la CNSC - mediante la Resolución N° 20182120138255 del 17 de octubre de 2019 (sic) que cobró firmeza el 6 de noviembre siguiente (sic) - conformó la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo N° 57608, denominado Profesional Grado 8 del Sistema General de Carrera Administrativa del SENA, ofertado a través de la convocatoria N° 436 de 2017 – SENA, en la cual la accionante ocupó el 4° puesto, de tal modo que su posición carecía de mérito para ser nombrada, a lo cual se sumaba que lo pretendido contrariaba lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 - vigente cuando se realizó el concurso -, según el cual las listas de elegibles “en estricto orden de mérito cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso”, no otras.

Agregó que las listas de elegibles conformadas para los empleos de carrera administrativa pueden usarse para proveer las vacantes generadas en los empleos convocados, por su tiempo de vigencia - dos años -, tal como ocurría con las integradas para los empleos que hicieron parte de la Convocatoria N° 436 de 2017 – SENA, acorde con lo establecido en el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, el cual modificó el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004; adicionalmente, en cumplimiento de la mencionada normatividad la CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública - a través del numeral 6° de la Circular Conjunta N° 20191000000117 del 29 de julio de 2019 - impartieron instrucciones sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019 y, en consecuencia, si las listas de elegibles derivadas de la Convocatoria N° 436 de 2017 fueron aprobadas antes de entrar en vigencia la ley 1960 de 2019, solo pueden ser utilizadas para proveer vacantes de los empleos ofertados en el mencionado proceso de selección, o para cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos" - con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes - o vacantes en cargos de empleos equivalentes de la respectiva Convocatoria.

Por último, adujo que las causales de retiro del servicio están definidas en los artículos 41 y 42 de la Ley 909 de 2004, lo cual podría conllevar - previa solicitud de la entidad - al uso de una lista de elegibles vigente, en cumplimiento de lo previsto en el parágrafo 1° del artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de la Función Pública, así (i) presentada la renuncia en período de prueba o ante la derogatoria del nombramiento, el “uso de listas es automática” y, por lo tanto, la entidad está autorizada para utilizar en estricto orden de mérito las listas de elegibles durante su vigencia – numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 – y (ii) si se presenta la renuncia o se declara la vacancia definitiva, superado el período de prueba, la entidad debe solicitar autorización para hacer “uso de la lista con cobro” – inciso 4° del artículo 30 de la Ley 909 de 2004 –; en el caso del SENA efectuó una “solicitud de autorización del uso de las listas de

elegibles en vacantes no reportadas en la Convocatoria 436 de 2017" - a través del radicado 20203200636812 -, sin incluir la OPEC 57608, petición atendida a través del radicado 20202120501431 del pasado 1° de julio.

2.2. El Coordinador del Grupo de Relaciones Laborales de la Secretaría General del SENA indicó que la CNSC abrió la Convocatoria 436 de 2017 para proveer definitivamente los empleos vacantes del personal perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa del SENA; en el Acuerdo N° 20171000000116 del 24 de julio de 2017 se establecieron las reglas del concurso que debían aceptar los interesados, según lo dispuesto por el numeral 4° del artículo 9° ibídem; cada persona podía inscribirse a un solo empleo público; cada OPEC y el número de vacantes era diferente; a través de la Resolución N° 20182120138255 del 17 de octubre de 2018 la CNSC conformó la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo de carrera identificado con OPEC N° 57602 – sic –, denominado Profesional Grado 8, con vigencia de dos años – artículos 58 del Acuerdo 20171000000116 de 2017 y 31 numeral 4° de la Ley 909 de 2004 –; en firme dicha lista de elegibles el nominador debía efectuar el nombramiento en período de prueba, en estricto orden de mérito.

El 16 de enero de 2020 la CNSC unificó su criterio y aclaró (i) sobre el uso de listas de elegibles en los "mismos empleos" que "… las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos", entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC" y (ii) sobre el uso de listas de elegibles en "empleos equivalentes",

aclaró que “El enfoque dado por la Ley 1960 de 2019 para los procesos de selección, implica que éstos deberán ser estructurados considerando el posible uso que pueda hacerse de las listas de elegibles para empleos equivalentes, con el objeto de lograr que ellos sean equiparables desde el proceso de selección”; y en relación con el requisito de “ubicación geográfica”, el siguiente 29 de febrero en Concepto N° 20202120242511 el Comisionado Fridole Ballén Duque aclaró que hacía referencia a las vacantes ubicadas en el mismo municipio donde está el empleo reportado.

No era sujeto pasivo de la acción constitucional porque no le correspondía elaborar ni conformar las listas de elegibles, así como la actora contaba con otros mecanismos de defensa judicial - medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa – contra los actos administrativos emitidos por el SENA o la CNSC, a la par que podía solicitar su suspensión como medida cautelar, al considerarlos ilegales o inconstitucionales, máxime si la accionante no pidió una protección transitoria, ni demostró con prueba alguna que se le causa un perjuicio de carácter irremediable.

La accionante se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 para participar en el empleo de carrera identificado con código OPEC 57608, denominado Profesional Grado 8, para proveer una vacante en Soacha; en la lista de elegibles ocupó la posición N° 4 que no le otorgaba derechos de carrera administrativa, pues el SENA nombró al primero en la lista; la Convocatoria 436 de 2017 se adelantó con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019 que permite hacer uso de las listas de elegibles en empleos equivalentes y, entonces, el uso de listas que la CNSC apruebe para el SENA es únicamente para proveer las vacantes de los mismos empleos reportados; la CNSC es la encargada del análisis funcional de los empleos con las vacantes existentes y la autorización del uso de listas, acorde con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 909 de 2004; el SENA efectuó el reporte de vacantes definitivas existentes en la planta de personal a la CNSC, entidad que debe aprobar el uso de las listas de elegibles conformadas en la Convocatoria 436

de 2017 para los “mismos empleos” con las características establecidas en el criterio unificado y estén vigentes, pero no existen vacantes de Profesional Grado 8 en Soacha pertenecientes al proceso de Gestión del Talento Humano que cumplan el requisito del criterio unificado para vincular a la accionante.

2.3. Los demás aspirantes que conforman la lista de legibles fueron vinculados y guardaron silencio sobre lo planteado.

3.- El anterior cognoscente resolvió declarar improcedente el amparo deprecado, puesto que la accionante cuenta con otros mecanismos judiciales idóneos para resolver su controversia - la justicia contenciosa administrativa -, a través de los medios de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, pudiendo solicitar la adopción de las medidas cautelares previstas en los artículos 229 y 234 de la Ley 1437 de 2011; además, no acreditó la existencia de un perjuicio de carácter irremediable.

4.- Inconforme con el fallo, la demandante lo impugnó porque no se realizó un estudio de fondo de los hechos y sus pretensiones, solo se sostuvo que - por subsidiariedad - era improcedente el amparo, al contar con otros mecanismos de defensa judicial – contencioso administrativo –, cuando lo rogado consistía en usar la lista de elegibles de la OPEC 57608 - Resolución 20282120138255 - para ser nombrada en un empleo no convocado - en armonía con lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019 -, más aún si un proceso de esa índole podría durar más de 6 años.

De otro lado, los argumentos de las demandadas no se ajustaban concretamente a los antecedentes que originaron la acción constitucional, pues la CNSC faltó a la verdad al afirmar que buscaba acceder a un cargo para el cual no concursó y cuyos derechos no adquirió, buscando poner en duda su participación en el concurso, aún cuando se contradijo al aseverar que se encontraba en el Banco Nacional de Listas de Elegibles; además, sabía que unos eran los empleos inicialmente provistos y otros los no

convocados, uno de los cuales reclamaba, a fin que no se vulnerara su derecho al acceso a cargos públicos por mérito, igualdad y transparencia; por ende, los empleos no convocados correspondían a las vacantes definitivas que surgieron con posterioridad a la convocatoria 436 de 2017, cuya provisión se debía regir por los cambios introducidos en la Ley 1960 de junio de 2019, donde se dispuso "4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad".

Entonces, su inconformidad radicaba en que - a pesar de existir tres vacantes definitivas en el SENA en empleos equivalentes al que concursó - no se integraba una lista con esas tres vacantes de empleos con similitud funcional – Profesional Grado 8 – pudiendo - por posición de mérito y al cumplir los requisitos - acceder a una de ellas con base en el criterio del mérito de contar con un mejor puntaje que los allí ubicados geográficamente; o sea, su debate se centraba en el antes y el después de la ley 1960 de 2019, pues inicialmente la CNSC - en Criterio Unificado del 1° de agosto de 2019 - dispuso que el nuevo régimen era aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019 y – mediante el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 – dejó sin efectos el anterior y debían favorecerla antes de producirse el vencimiento de su lista de elegibles.

Añadió que ante diferentes fallos judiciales la CNSC conformó la lista general para los cargos de la Convocatoria 436 de 2017, declarados desiertos, por lo cual no se trató de los mismos empleos y los aspirantes nombrados en periodo de prueba accedieron a un cargo para el cual no concursaron y cuyo derecho no ganaron; entonces, negar el uso de su lista de elegibles por no ser de la ubicación geográfica donde están las vacantes, era inconstitucional.

La actora – vía correo electrónico - el pasado 10 de agosto adicionó la impugnación argumentando que la H. Corte Constitucional en sentencia T-180 de 2015 sostuvo que la acción de tutela es procedente – así exista otro medio de defensa ante la jurisdicción contencioso administrativa – si no es eficaz para lograr la protección inmediata de los derechos, ni garantizar la correcta aplicación del artículo 125 de la Carta Política; y el siguiente 27 de agosto allegó copia de un fallo de tutela proferido por el H. Tribunal Superior de Medellín el anterior 24 de julio, en un caso similar.

5.- La señora Dolly Rincón Rodríguez aseguró que participó en la Convocatoria 436 y tenía la expectativa de conformar una lista de elegibles para acceder por méritos a un empleo no convocado, por lo cual aportó distintas providencias de la H. Corte Constitucional como criterio auxiliar de interpretación sobre la retrospectividad de la legislación, aplicable al caso concreto de la Ley 1960 de 2019; expuso que en el SENA habían más de 200 cargos para llevar a un nuevo concurso, a pesar de ya existir listas de elegibles, al estimar que la Ley 1960 de 2017 (sic) no admite el uso de las listas de elegibles con posterioridad a la convocatoria 436; sin embargo, en los fallos proferidos por los H. Tribunales Administrativos del Valle del Cauca y Tolima se concluyó lo contrario; las listas de elegibles de la convocatoria 436 están vigentes, guardan las mismas similitudes fácticas con la de la accionante y ante una duda razonable debe favorecerse al trabajador - al elegible -; adjuntó la Resolución N° 20182120188655 del 24 de diciembre de 2018 - por la cual se conformó la lista de elegibles de la OPEC 58657, donde ocupó la posición N° 2 - y allegó fallos de tutela proferidos por diferentes despachos judiciales respecto de situaciones similares.

6.- Con proveído del pasado 2 de septiembre esta Colegiatura decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto que avocó conocimiento, pues el Juez Sexto Penal del Circuito de esta ciudad no vinculó al trámite a los funcionarios que ocupan – en provisionalidad – los empleos del SENA, a saber: (i) Ubicación: Dirección General - Dirección Jurídica -, denominación: Profesional

Grado 8, vacante: 1, OPEC 2019 – 118945; (ii) Ubicación: Huila - Centro de Gestión Dllo Sostenible Surcolombiano -, denominación: Profesional Grado 8, vacante: 1, OPEC 2019 - 118578 y (iii) Ubicación: Cundinamarca – Despacho Dirección -, denominación: Profesional Grado 8, vacante: 1, OPEC 2019 – 130310.

7.- El siguiente 4 de septiembre se avocó nuevo conocimiento, vinculó a los antedichos, corrió traslado del escrito de tutela y los interesados contestaron lo siguiente:

7.1. El Coordinador del Grupo de Relaciones Laborales de la Secretaría General del SENA informó que la OPEC 57608 pertenece al proceso de Gestión del Talento Humano; revisados los cargos vacantes y desiertos, no hay cargo equivalente a ese proceso; en la OPEC 2019-118945 y OPEC 2019-118578, pertenecientes al proceso de Gestión Jurídica y de Direccionamiento Estratégico, están encargados los funcionarios Antonio Trujillo Illera y Gina Andrea Arcos Avila, respectivamente; la OPEC 2019-130310 - proceso de Gestión Contractual - está vacante, o sea, no la ocupa algún funcionario.

7.2. El señor Antonio José Trujillo Illera aceptó ocupar el cargo de Profesional Grado 8 por encargo que tramitó ante la Secretaría General del SENA, sin que tuviera nada que agregar respecto de la reclamación de la actora.

En escrito adicional indicó que es abogado, especializado en Derecho Administrativo, Diplomado en Derecho Disciplinario, con más de 24 años de experiencia a nivel profesional, asesor y directivo del SENA, vinculado en un empleo de carrera administrativa del nivel profesional grado 7; mediante la Resolución N° 1-1095 del 21 de junio de 2019 lo encargaron como Profesional Grado 8, con IDP 230, vacancia definitiva, adscrito a la Dirección Jurídica del SENA, cuyas funciones exigían el perfil de abogado especializado; tomó posesión el siguiente 15 de julio – Acta 265 –; no ocupa el cargo en

provisionalidad, sino en encargo y tiene un derecho adquirido, conforme a la normatividad vigente.

Dicho cargo no tiene las mismas o similares funciones ni requisitos al de Profesional Grado 8 para el cual se postuló la concursante, pues dicho empleo está orientado a "Participar en la organización y administración del talento humano del Centro de Formación a través de la inducción, el entrenamiento en el puesto de trabajo, la capacitación, el bienestar, la compensación y la evaluación del desempeño, hacia el óptimo funcionamiento del personal y propiciar ambientes de trabajo adecuados, fortalecer competencias y contribuir al logro de los objetivos institucionales desde el Centro", lo que de ninguna manera corresponde a las funciones, perfil y rol de abogado exigidas para el empleo en que fue encargado – Profesional Grado 8, IDP 230 – adscrito a la Dirección Jurídica; a su turno, la similitud de propósitos, requisitos y funciones de un empleo le corresponde determinarlo a la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad responsable de conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles.

7.3. Los demás vinculados guardaron silencio durante el lapso otorgado.

8.- La nueva cognoscente tuteló los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y acceso a cargos públicos de la accionante y, en consecuencia, ordenó al SENA verificar si la OPEC 57608 es compatible con las OPEC 118945, 118578 y 130310 – declaradas vacantes definitivas –; una vez estableciera su equivalencia en denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito y funciones, de ser procedente, debía remitir a la Comisión Nacional del Servicio Civil la autorización de uso de la lista de elegibles; una vez materializado lo anterior, la Comisión Nacional del Servicio Civil está obligada a conformar las listas de elegibles para las OPEC 118945, 118578 y 130310 - en estricto orden de méritos - y remitir el respectivo acto administrativo al SENA para que efectúe los nombramientos en período de prueba; de asistirle derecho preferencial a la actora a ser nombrada en

período de prueba en cualquiera de las OPEC 118945, 118578 y 130310, ordenó suspender los efectos de la prescripción de las listas de elegibles relacionadas, hasta concretarse el cabal cumplimiento de esa determinación; finalmente, advirtió a la demandante que el amparo no implicaba "per se" el nombramiento en período de prueba en el cargo al cual aspira, pues todo dependía del estudio que adelantara el SENA, las equivalencias en denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito y funciones, frente a la OPEC a la cual concursó y las ofertadas como definitivas y, por ende, de no favorecer sus intereses, ineludiblemente debe acudir al juez contencioso administrativo a definir su legalidad.

9.- Inconforme con el fallo, el Asesor Jurídico de la Comisión Nacional del Servicio Civil lo impugnó por vulnerar los principios de igualdad, legalidad y acceso a cargos públicos por mérito, pues la tesis de la a quo implicaba erigir la tutela en una causal para acceder al servicio público sin méritos; también desconocía el principio de subsidiariedad, ya que se limitó a indicar que los medios de control de lo contencioso administrativo "de ningún modo representan un medio de protección efectivo de los derechos fundamentales de las personas que, habiendo adelantado los trámites necesarios para su vinculación a través de un sistema de selección de méritos, ven truncada su posibilidad de acceder al cargo público por aspectos ajenos a la esencia del concurso" y, por lo tanto, incurrió en error al suponer - sin estar probado - que la accionante tiene derecho a acceder a un cargo público por mérito; no obstante, la actora pretendía eludir que no logró una posición de mérito, para ser nombrada por vía de tutela, desconociendo así el debido proceso del concurso de méritos.

Señaló que el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 - vigente al realizarse el concurso – consagra que con las listas de elegibles "en estricto orden de mérito se cubrirían las vacantes para las cuales se efectuó el concurso" - no otras – y, por consiguiente, las listas de elegibles conformadas para los empleos de carrera administrativa, culminado el proceso de selección

pueden usarse para proveer las vacantes que se generen en los empleos convocados, durante su vigencia – 2 años –, situación en que se encuentran las listas de elegibles de la Convocatoria N° 436 de 2017 – SENA; en consecuencia, efectuados los nombramientos en período de prueba, no resulta jurídicamente viable reagrupar o integrar listas generales incluyendo a los elegibles que en su oportunidad no alcanzaron el orden de elegibilidad necesario para acceder a una de las vacantes ofertadas.

Agregó que se dio aplicación retrospectiva a la Ley 1960 de 2019, desconociendo que la Convocatoria 436 de 2017 - SENA se hizo con anterioridad a su entrada en vigencia – Acuerdo N° 20182120149475 del 17 de octubre de 2018 –, lo que iba en contravía de lo dispuesto en los artículos 52 y 53 de la Ley 4ª de 1913, dado que la ley rige con posterioridad a su publicación – junio 27 de 2019 – y, entonces, rige para procesos de selección o concursos iniciados con posterioridad a dicha fecha; a la par, el fenómeno de la retrospectividad procede “frente a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa”, lo cual dista de la Convocatoria 436 de 2017 porque sus etapas ya estaban agotadas y se trataba de un hecho consolidado.

A través de la Circular Conjunta N° 2019100000117 del 29 de julio de 2019, numeral 6°, la CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública impartieron instrucciones sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019, a partir de su entrada en vigencia y en relación con los procesos de selección a los que aplica y, por ende, las listas de elegibles de la Convocatoria 436 de 2017 - aprobadas antes de entrar en vigencia la Ley 1960 de 2019 - solo pueden utilizarse para proveer vacantes de los empleos ofertados en el mencionado proceso de selección o para cubrir nuevas vacantes de los “mismos empleos”, al igual que las causales de retiro del servicio están previstas en los artículos 41 y 42 de la Ley 909 de 2004, permitiendo la solicitud de uso de listas de elegibles vigente.

Informó que las listas de elegibles de la Convocatoria 436 de 2017 - SENA se conformaron con la oferta pública de empleos de carrera – OPEC reportada por la entidad al inicio del proceso, lo que hace parte de las reglas de la convocatoria, aceptadas por los aspirantes en su totalidad al inscribirse – numeral 8° del artículo 13 del Acuerdo N° CNSC-20171000000116 del 24 de julio de 2017 – y, por lo tanto, al elegir un empleo también eligen una ubicación geográfica determinada por el lugar donde se encuentra dicho empleo; y si las vacantes enunciadas en el fallo de tutela no son del "mismo empleo" – criterio de unificación – no podrían proveerse con la lista en que se encuentra la accionante – Cundinamarca - Soacha- OPEC 57608 –.

Afirmó que por "mismos empleos" debe entenderse los que corresponden a igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, es decir, un empleo igual en todos los componentes, requisito sine qua non para que un elegible pueda ser nombrado; además, para determinar si un empleo es "equivalente" a otro se debe analizar la similitud de funciones, requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales, nivel jerárquico y grado salarial, proceso que inicia con la revisión y selección de los empleos de las listas de elegibles vigentes; en consecuencia, contrario a lo afirmado por la a quo, las listas de elegibles pueden usarse para proveer "mismos empleos" que surjan con posterioridad en la planta de personal, no para empleos equivalentes – tal como se ordenó -; adicionalmente, según lo dispuesto en el artículo 2.2.11.2.3 del Decreto 1083 de 2015 acerca de los "empleos equivalentes", dicha norma se encamina al amparo de los derechos del empleado que ostenta derechos de carrera administrativa cuando el empleo que desempeña ha sido objeto de supresión, es decir, no aplica para los elegibles que integran una lista y producto de su posición no pudieron acceder a una vacante de las ofertadas.

Indico que las OPEC 118945, 118578 y 130310 tienen diferente ubicación geográfica – Bogotá, Huila y Bogotá –, propósito, funciones y requisitos de

estudio diferentes a los requeridos en la OPEC 57608; el Acuerdo 562 de 2016 solo aplica para lo reportado en la Convocatoria 436 de 2017, sin que pueda extenderse a vacantes no reportadas por el SENA dentro de la Convocatoria o que surgieron con posterioridad; y en el fallo de primer grado – hojas 15 y 16 – se cita una sentencia de este Tribunal Superior que menciona empleos declarados desiertos dentro de la convocatoria, mientras que las vacantes denominadas 118945, 118578 y 130310 no hicieron parte de la Convocatoria.

Por último, resaltó que la juez de primer grado incurrió en error, pues el SENA no otorga la autorización para el uso de listas, dado que ese trámite es del resorte de la CNSC – Circular externa 001 del 21/02/2020 (202010000017) -, al igual que la suspensión de la prescripción de las listas de elegibles socava el principio de legalidad jurídica – numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 –, razones suficientes para revocar el fallo impugnado.

10.- El asesor jurídico de la Comisión Nacional del Servicio Civil después presentó una solicitud de aclaración del fallo de primer grado, ya que en la CNSC está radicada la competencia para analizar si un elegible cumple con los requisitos establecidos para el empleo, dadas sus funciones de administración y vigilancia de la carrera administrativa – artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004 –; sin embargo, equivocadamente se dispuso que lo hiciera la entidad nominadora, lo cual desbordaba las competencias definidas en el artículo 15 ibídem, máxime si la CNSC administra el proceso de selección, puede realizar el estudio técnico para determinar si la aspirante cumple las exigencias de la OPEC y el pasado 21 de septiembre negó dicha solicitud.

11.- La demandante objetó lo manifestado por el Coordinador del Grupo de Relaciones Laborales del SENA y pidió tener en cuenta como criterio auxiliar los pronunciamiento de distintos despachos judiciales sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019; adujo que - acorde con el cuadro comparativo de empleos presentado por el SENA - en la Convocatoria 436 de 2017 se ofertaron nueve (9) perfiles en nueve (9) OPEP diferentes: 57050, 57608 (de la actora), 57970,

58260, 58699, 60343, 60375, 60487 y 60508; revisado y comparado el propósito de los empleos, la OPEC 57608 es la única del Área de Talento Humano para un Centro de Formación, área temática que - según lo reiterado por las accionadas - define el perfil de cada OPEC de la Convocatoria, en el "mismo empleo" y en el caso concreto "su similitud funcional y equivalencia frente a los empleos "no convocados"; en la planta global del SENA se reportaron en vacancia definitiva no convocados tres (3) cargos de Profesional Grado 8, así: IDP 230, 4303 y 9236 correspondientes a las OPEC 118945, 118578 y 130310, respectivamente - anexo comparativo del SENA - y recientemente conoció que existe un cuarto cargo de Profesional Grado 8 con IDP 303 desprovisto, no relacionado en los informes ni autorizado por la CNSC.

Añadió que en los anexos de la tutela - oficio del pasado 24 de marzo con radicado 20203200436562 y oficio del siguiente 30 de abril con radicado 20203200520132 – se evidencia que las IDP de los cargos no ofertados de Profesional Grado 8 reportados no registran el área temática o perfil del cargo y, por ende, los elegibles no supieron a ciencia cierta qué perfiles eran, sí que son de la misma naturaleza, código y grado (Profesional Grado 8), permitiendo su nombramiento en uno de ellos para darle continuidad a la lista OPEC 57608, lo cual negó el SENA, al optar por proponer un nuevo perfil para reportarlas, así: la IDP 230 para el área de Jurídica y la IDP 9236 para el área de Contratación, perfiles no ofertados en la OPEC de la convocatoria; y de la IDP 303 se desconoce su perfil y las vacantes proyectadas en una nueva convocatoria, a pesar de existir una lista de elegibles para la OPEC 57608, integrada por ella y de la cual reclama uno de los cuatro cargos.

Al revisar la OPEC 57608 el estudio técnico arrojó que no es compatible para un empleo igual a las OPEC 118945, 118578 y 130310, pues no cumple con los requisitos establecidos por la CNSC, conforme al criterio unificado y concepto adjunto; al contrario, las nuevas OPEC no son compatibles con la OPEC 57608, dado que (i) las nuevas OPEC se perfilaron en empleos que no

fueron ofertados - Profesional Grado 8 en Gestión Jurídica y Profesional Grado 8 en Gestión Contractual – y, por ende, al surgir con posterioridad a la convocatoria, en el marco de la Ley 1960 de 2019, en aplicación del artículo 125 de la Constitución Nacional y la protección más favorable que brinda el artículo 53 superior, debía darse continuidad a la lista de elegibles de la OPEC 57608, empleo que sí se ofertó y es reclamado por la actora para acceder a un cargo no convocado en periodo de prueba, previa posición de mérito y cumplimento de los requisitos y (ii) la lista que integra en la OPEC 57608 se encuentra vigente, siendo aplicable lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, modificado por el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, según el cual: "4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad"; entonces, en una interpretación hermenéutica los perfiles de las vacantes no convocadas, identificadas y reportadas por el SENA para el nuevo concurso - OPEC 118945, 130310 y 118578 - contrarían la Ley 1960 de 2019, pues no se ofertaron en la Convocatoria.

De otra parte, la aplicación de la Ley 1960 de 2019 se dio atendiendo las directrices del criterio unificado del pasado 16 de enero, cuestionado en diferentes fallos judiciales y, por lo tanto, debía darse continuidad al uso de la lista de la OPEC 57608, en una de las vacantes no convocadas objeto de la presente tutela, a lo cual se sumaba que cursan varias acciones constitucionales contra las accionadas, para usar listas de elegibles en vacantes no convocadas en el marco de la Ley 1960 de 2019, ya que se modificaron discrecionalmente los perfiles, adquiriendo los nominadores un poder por encima del mérito, pues terminan decidiendo quién de los elegibles

en lista de espera ingresa y quién no ingresa a la carrera administrativa y qué cargos se someten a un nuevo concurso.

Por lo antedicho, solicitó modificar (o modular) la sentencia de primer grado que amparó sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo y acceso a cargos públicos, en el sentido de ordenar: (i) al Director del SENA que - en coordinación con la Comisión Nacional del Servicio Civil - en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación del fallo, realicen el nombramiento en periodo de prueba en el cargo de Profesional Grado 8 Código OPEC 57608, a quienes siguen en turno en la lista de elegibles conformada a través de la Resolución N° 2018212013825 del 17/10/2018, para cargos no convocados en el territorio nacional y (ii) en el evento que le asista el derecho preferencial de acceder en periodo de prueba a un cargo no convocado - de acuerdo a la posición de mérito y el cumplimiento de los requisitos mínimos dentro de la OPEC 57608 – se proceda a suspender los efectos de la prescripción de la citada lista de elegibles, hasta darle cabal cumplimiento a esa determinación.

C O N S I D E R A C I O N E S D E L A S A L A

1.- La acción de tutela es un mecanismo de rango constitucional concebido para proteger los derechos fundamentales cuando sean vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad o particular en los casos expresamente previstos por la ley, cuya procedencia está sujeta a la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial, salvo que a ella se acuda transitoriamente para precaver un perjuicio irremediable, caracterizándose por su naturaleza subsidiaria, no alternativa y mucho menos llamada a reemplazar procedimientos ordinarios previstos para su efectivo amparo.

2.- Acorde con los artículos 86 de la C.P. y 10º del decreto 2591 de 1991 la acción de tutela puede presentarse directamente, a través de representante o agenciando derechos ajenos, de tal modo que la señora Angela María Ferro Zanguña estaba legitimada para interponerla en su calidad de presunta afectada.

3.- El censor pretende que se revoque el fallo de primer grado porque se desconoció el principio de subsidiariedad, las listas de elegibles conformadas para los empleos de carrera administrativa - culminado el proceso de selección - pueden utilizarse para proveer las vacantes que se generen en los empleos convocados, durante su vigencia de dos (2) años – Convocatoria N° 436 de 2017 – SENA – y, en consecuencia, efectuados los nombramientos en período de prueba no es jurídicamente posible reagrupar o integrar listas generales que incluyan a los elegibles que en su oportunidad no alcanzaron el orden de elegibilidad necesario para acceder a una de las vacantes ofertadas, menos aún resulta aplicable la retrospectividad de la Ley 1960 de 2019, dado que la Convocatoria 436 de 2017 - SENA se hizo antes de entrar en vigencia – Acuerdo N° 20182120149475 del 17 de octubre de 2018 - y solo rigió a partir de su publicación – junio 27 de 2019 – para procesos de selección o concursos iniciados con posterioridad a dicha fecha; por su parte, la demandante pidió ordenar al Director del SENA - en coordinación con la Comisión Nacional del Servicio Civil – realizar el nombramiento en periodo de prueba en el cargo de Profesional Grado 8 Código OPEC 57608 a quienes siguieran en turno en la lista de elegibles conformada a través de la Resolución N° 2018212013825 del 17/10/2018, para cargos no convocados en el territorio nacional y de asistirle el derecho preferencial de acceder en periodo de prueba a un cargo no convocado - de acuerdo a la posición de mérito y el cumplimiento de los requisitos mínimos dentro de la OPEC 57608 – se procediera a suspender los efectos de la prescripción de la citada lista de elegibles, hasta darle cabal cumplimiento a esa determinación, aspectos sobre los cuales la Colegiatura estima lo siguiente:

3.1. Según lo previsto en el artículo 29 de la Carta Política y lo desarrollado por la jurisprudencia del máximo Tribunal Constitucional

"…el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. En virtud de tal disposición, se reconoce el principio de legalidad como pilar fundamental en el ejercicio de las funciones por parte de las autoridades judiciales y administrativas, razón por la cual, están obligadas a respetar las formas propias de cada juicio y a asegurar la efectividad de todas aquellas normas que permitan a los administrados presentar, solicitar y controvertir pruebas, y que en últimas, garanticen el ejercicio efectivo del derecho de defensa...De esta manera, el debido proceso se define como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley...Al respecto, la Corte ha determinado que "Corresponde a la noción de debido proceso, el que se cumpla con arreglo a los procedimientos previamente diseñados para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva relación o situación jurídica..."

Por otro lado, ha sostenido que al juez constitucional – antes que a cualquiera otro – le asiste el deber de evaluar cada asunto con el objeto de descartar o no el uso de la acción de tutela como mecanismo excepcional, pues

"…El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos…(…)…Atendiendo a lo expuesto, esta Corporación en sentencia T-514 de 2003, estableció que no es, en principio, la acción de tutela el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable. Al respecto ha establecido: "La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con

ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo…"

Y prosiguió diciendo que

"…Sobre el ejercicio indiscriminado de la acción de tutela contra actos de la administración cuando proceden otros mecanismos judiciales de defensa, este Tribunal[1] ha advertido las siguientes consecuencias: '(…) la paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias por el uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela entraña (i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 Superior)[2] y (iii) que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en qué consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios)'[3]"…".

A su turno, la H. Corte Suprema de Justicia – a la luz del principio de subsidiariedad y los actos administrativos – ha discurrido que

"…La Ley 1437 de 2011, introdujo cambios significativos al procedimiento administrativo que, según la jurisprudencia constitucional, resultan relevantes para el examen de subsidiariedad de la acción de tutela contra actos administrativos. Así, una de las modificaciones más importantes es la relativa a las medidas cautelares. El artículo 230 establece que las mismas pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión. Con fundamento en

[1] Sentencias T-255 y T-1017 de 2007

[2] Sentencia T-249 de 2002

[3] Sentencia C-514 de 2003

ello, el juez puede adoptar, según las necesidades lo requieran, una o varias de las siguientes medidas: (i) mantener una situación o restablecerla al estado en que se encontraba antes de la conducta que causó la vulneración o la amenaza; (ii) suspender un procedimiento o una actuación de cualquier naturaleza, incluso contractual; (iii) suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo; (iv) ordenar la adopción de una decisión por parte de la administración o la realización o demolición de una obra; y (v) impartir órdenes o imponer obligaciones de hacer o no hacer a cualquiera de las partes en el proceso correspondiente. La suspensión provisional procede por la violación a las normas invocadas en la demanda o en la solicitud que en escrito separado se formule, siempre y cuando la infracción surja del análisis del acto administrativo que se demanda y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas aportadas con la solicitud. La oportunidad para decretar las medidas cautelares tiene una regulación particular, dependiendo de que se traten de medidas ordinarias o de urgencia. Respecto de las primeras, se dispone que puedan ser adoptadas antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso. Frente a las medidas cautelares de urgencia, el Código prevé que desde el momento en que se presente una solicitud en ese sentido y sin necesidad de notificar previamente a la otra parte, la autoridad judicial puede adoptar una medida cautelar cuando verificadas las condiciones generales previstas para su adopción, evidencia que por la urgencia que se presente no puede agotarse el trámite previsto…”[4]

Y respecto al concurso público de méritos en los cargos de carrera administrativa la H. Corte Constitucional ha referido que

“…El artículo 125 de la Constitución establece el mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración y que consiste en los términos de la jurisprudencia de esta Corporación, en que el Estado pueda “contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública”[5]. Igualmente, el mismo precepto establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público. En los términos de este artículo: “Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público…(…)…Dentro de este contexto, la convocatoria es, entonces, “la norma reguladora

[4] Sentencia de septiembre 11 de 2018, Rad. 100095

[5] Sentencia SU-086 de 1999

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 que son obligatorias para todos, entiéndase administración y administrados-concursantes. Por tanto, como en ella se delinean los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento. La Corte Constitucional ha considerado, entonces, 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 autovinculación 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"[6]

Entonces, la regla general consiste en que debe privilegiarse el concurso público de méritos en los cargos de carrera administrativa y de existir controversia en su aplicación puede acudirse a la jurisdicción contenciosa administrativa para dilucidarla.

3.3. A pesar de lo antedicho, en el presente evento se plantea la aplicación del principio de retrospectividad de la Ley 1960 de 2019, sobre lo cual se ha precisado que

"…se ha aceptado la posibilidad de una tercera modalidad de aplicación temporal de las normas, la cual, si bien no encuentra desarrollo ni consagración normativa expresa, ha sido empleada especialmente por la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, esta es, la retrospectividad[7]. En relación con esta figura, se ha indicado que ella consiste en la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva. En este sentido, ha sido unánimemente aceptado por la

[6] Sentencia T-147/13

[7] Sentencias T-110 de 2011 y C-258 de 2013

jurisprudencia de todas las Altas Cortes que si bien en principio las normas jurídicas solo tienen aplicabilidad a situaciones que tuvieron lugar con posterioridad a su vigencia, ello no presenta impedimento alguno para que, en los casos en los que la situación jurídica no se ha consolidado o, sus efectos siguen surtiéndose, una nueva norma pueda entrar a regular y a modificar situaciones surtidas con anterioridad a su vigencia…" [8]

En igual sentido señaló que

"…, el fenómeno de la *retrospectividad* de las normas de derecho se presenta, como ya se anticipó, cuando las mismas se aplican a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una *norma anterior*, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la *nueva disposición*. Este instrumento ha sido concebido por la jurisprudencia nacional como un límite a la retroactividad, asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y a la superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del valor justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en nuestra sociedad…"

Y prosiguió diciendo que

"…De las sentencias estudiadas se extrae, en conclusión, que (i) por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; (ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene *prima facie* la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; (iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica y; (iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en cuanto el propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados. …"[9]

[8] Sentencia T-564 de 2015

[9] Sentencia T-110 de 2011

3.4. En cuanto a la Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo sostuvo que

"…El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, como se mencionó con anterioridad, con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas "vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad". Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación. Como se aprecia, el cambio incluido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, comporta una variación en las reglas de los concursos de méritos, particularmente en relación con la utilización de las listas de elegibles. Así, la normativa anterior y la jurisprudencia de esta Corporación sobre el tema, partían de la premisa de que la norma establecía que las listas de elegibles únicamente podrían usarse para los cargos convocados y no otros, a pesar de que con posterioridad a la convocatoria se generaran nuevas vacantes definitivas. Con ocasión de la referida modificación, esta Sala deberá definir la aplicación en el tiempo de dicha norma, comoquiera que, su uso, en el caso concreto, *prima facie*, proveería un resultado distinto de aquel que podía darse antes de su expedición, no solo debido al cambio normativo, sino también a la consecuente inaplicabilidad del precedente señalado de la Corte respecto del uso de la lista de elegibles, ya que la normativa en la cual se insertaron esos pronunciamientos varió sustancialmente… ….Uno de los argumentos que explican la validez de la referida norma es que con ella se logran los principios de la función pública, particularmente los de economía, eficiencia y eficacia, en tanto permite hacer más eficiente el uso del talento humano y de los recursos públicos, ambos escasos para el caso de la Defensoría del Pueblo. Es innegable que la obligación de uso de listas de elegibles vigentes para proveer cargos de igual denominación pero no convocados, en el contexto expuesto, busca garantizar el mérito como criterio exclusivo de acceso a cargos públicos, ya que únicamente se podrá nombrar en las vacantes a las personas que hayan superado todas las etapas de la convocatoria y, además, sean los siguientes en orden de la lista, después de haberse nombrado a las personas que ocuparon los primeros lugares para proveer los cargos ofertados. Adicionalmente, ello permite un uso eficiente de los recursos públicos y del recurso humano, con lo cual se garantiza la plena vigencia los principios que rigen la función administrativa……3.6.3. Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta

regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma, por lo que se deberá definir si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley…" – Subrayas fuera de texto

Seguidamente indicó que

"…Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso *sub-judice*. El último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la **retrospectividad**, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, *"pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva"*[10]. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia……Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas. … la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles "se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer"[11]. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen **un derecho subjetivo** y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004……**Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las**

[10] Sentencia T-564 de 2015

[11] Sentencia SU-913 de 2009

entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues *el ICBF* y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso……Por último, se aclara que en este caso no se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto de los potenciales aspirantes que podrían presentarse a los concursos públicos de méritos para acceder a los cargos que ahora serán provistos con las listas de elegibles vigentes en aplicación de la nueva ley. En efecto, tanto la situación de quienes tienen derechos adquiridos como de quienes aún no han consolidado derecho alguno, están reservadas para las personas que conformaron las listas de elegibles vigentes al momento de expedición de la ley, de manera que el resto de la sociedad está sujeta a los cambios que pueda introducir la ley en cualquier tiempo, por cuanto, en esas personas indeterminadas no existe una situación jurídica consolidada ni en curso……3.6.4. Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para el uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que *"las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019,* ***deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad*** *y que correspondan a los* ***"mismos empleos",*** *entiéndase con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."*[12]……3.6.5. **En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes**

[12] Énfasis por fuera del texto original, Consultado en: https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos.

ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente… [13] - Subrayas y negrilla fuera de texto

3.5. Resulta evidente que concurre una situación que amerita la intervención excepcional del juez constitucional, dado que está próxima a vencerse la vigencia de la lista de elegibles conformada por la CNSC mediante la Resolución 20182120138255 del 17 de octubre de 2018 – noviembre 6 – y - según la modificación introducida en el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019 -, procede cubrir las vacante definitivas de “los mismos empleos” no convocados que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en dicha entidad.

En el caso concreto se observa lo siguiente:

3.5.1. La actora se inscribió en la Convocatoria N° 436 de 2017 para el empleo de Profesional Grado 8 OPEC 57608; a través de la Resolución 20182120138255 del 17 de octubre de 2018 la CNSC conformó la lista de elegibles que cobró firmeza el siguiente 6 de noviembre; aunque inicialmente ocupó la posición 4, en la actualidad ocupa la posición 1º, dado que los dos primeros aspirantes no aceptaron, el tercero se posesionó y superó el período de prueba; y el artículo 58 del Acuerdo N° CNSC - 20171000000116 del 24 de julio de 2017 dispuso la recomposición automática de las listas de elegibles.

3.5.2. La demandante indicó que aplica el fenómeno de la retrospectividad de la ley en cuanto al uso de la lista de elegibles – Ley 1960 de 2019 –, a la par que el SENA reconoció que existen tres (3) vacantes definitivas similares o equivalentes al empleo para el cual concursó, correspondientes a Profesional Grado 8, así: (i) OPEC 118945 - Dirección General - Dirección Jurídica -

[13] Sentencia T- 340 de 2020

Profesional (SENA), (ii) OPEC 118578 - Huila - Centro de Gestión Dllo Sostenible Surcolombiano - Profesional (SENA) y (iii) OPEC 130310 - Cundinamarca - Despacho Dirección - Profesional; en consecuencia, el SENA solicitó autorización a la CNSC para usar las listas de elegibles en vacantes no reportadas en la Convocatoria 436 de 2017 el pasado 24 de marzo con radicado N° 20203200436562 y el siguiente 30 de abril con radicado N° 20203200520132; entonces, la OPEC 57608 podría utilizarse para ocupar una de dichas vacantes, al tratarse de empleos iguales, con funciones, requisitos y asignación iguales – acorde con el Manual de Funciones –.

3.5.3. El pasado 17 de mayo solicitó al SENA usar la lista de elegibles en que se encuentra en el primer puesto para su nombramiento – Radicados N° 7-2020-080337 y N° 7-2020-080755 –; sin embargo, el siguiente 23 de junio le informaron que no existía una vacante (desprovista, en provisionalidad o en encargo) que corresponda al empleo OPEC N° 57608.

3.5.4. Un asesor jurídico de la CNSC expuso que el amparo deprecado se tornaba improcedente, dado que la demandante (i) dispone de los medios de control – nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho – para controvertir los resultados del concurso, (ii) no demostró un perjuicio irremediable, (iii) en virtud de la Resolución N° 20182120138255 del 17 de octubre de 2019 (sic) se conformó la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo N° 57608, denominado Profesional Grado 8 de la Convocatoria N° 436 de 2017 – SENA, ocupando la posición 4 y careciendo de mérito para ser nombrada; a la par, las listas de elegibles “en estricto orden de mérito cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso”, no otras - numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 -; a su turno, las listas de elegibles derivadas de la Convocatoria N° 436 de 2017 fueron aprobadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, pudiendo solo utilizarse para proveer vacantes de los empleos ofertados en el mencionado proceso de selección, o para cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos" - con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito,

funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes - o vacantes en cargos de empleos equivalentes de la respectiva Convocatoria.

3.5.5. El Coordinador del Grupo de Relaciones Laborales de la Secretaría General del SENA expuso que la CNSC abrió la Convocatoria 436 de 2017 con el Acuerdo N° 20171000000116 del 24 de julio de 2017, donde se establecieron las reglas del concurso; el 17 de octubre de 2018 - con la Resolución N° 20182120138255 - la CNSC conformó la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo de carrera identificado con OPEC N° 57602, denominado Profesional Grado 8, con vigencia de dos años – artículos 58 del Acuerdo 20171000000116 de 2017 y artículo 31 numeral 4° de la Ley 909 de 2004 –; en firme dicha lista de elegibles el nominador debía efectuar el nombramiento en período de prueba, en estricto orden de mérito.

3.5.6. El 16 de enero de 2020 la CNSC unificó su criterio y aclaró sobre (i) el uso de listas de elegibles en los “mismos empleos” y (ii) el uso de listas de elegibles en “empleos equivalentes”.

3.5.7. Indicó que la actora contaba con otros mecanismos de defensa judicial contra los actos administrativos emitidos por el SENA o la CNSC – medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa –, pudiendo solicitar su suspensión como medida cautelar, aparte que no se pidió una protección transitoria, ni demostró con prueba alguna que se le causa un perjuicio de carácter irremediable.

3.5.8. La accionante se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 para participar en el empleo de carrera identificado con código OPEC 57608, denominado Profesional Grado 8, para proveer una vacante en Soacha; ocupó la posición N° 4 en la lista de elegibles, se nombró al primero de la lista y la Convocatoria 436 de 2017 se adelantó antes de la expedición de la Ley 1960 de 2019 que permite usar las listas de elegibles en los “mismos empleos”.

3.5.9. La CNSC es la encargada del análisis funcional de los empleos con las vacantes existentes y la autorización del uso de listas, acorde con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 909 de 2004; el SENA efectuó el reporte de vacantes definitivas existentes en la planta de personal a la CNSC, entidad que debe aprobar el uso de las listas de elegibles conformadas en la Convocatoria 436 de 2017 para los "mismos empleos" con las características establecidas en el criterio unificado y que se encuentren vigentes, sin que existan vacantes de Profesional Grado 8 en Soacha pertenecientes al proceso de Gestión del Talento Humano que cumplan el requisito del criterio unificado para vincular a la accionante.

3.5.10. Lo antedicho significa que las demandadas están vulnerando el derecho al debido proceso y el acceso a cargos públicos de la accionante, dado que en la Resolución 20182120138255 del 17 de octubre de 2018 ocupó la posición N° 4, pero por la recomposición automática de las listas de elegibles contemplada en el Artículo 57 del Acuerdo N° CNSC – 20171000000116 del 24 de julio de 2017, ocupa actualmente la posición 1 - según lo informado en el escrito de tutela y no cuestionado -, lista de elegibles que se encuentra vigente; adicionalmente, conforme a lo informado existen tres (3) vacantes definitivas en el empleo de Profesional Grado 8 que no fueron ofertadas en la Convocatoria 436 de 2017, correspondientes a las OPEC 118945, 118578 y 130310; en consecuencia, es procedente aplicar lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, al tratarse de vacantes definitivas no convocadas que surgieron luego de dicha convocatoria, debiéndose verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos para el empleo – artículo 11 de la Ley 909 de 2004 –, tal como lo dispuso la a quo.

Corolario de lo anterior, al no prosperar la censura, se ratificará el fallo impugnado, pero – acorde con lo decantado – se modificarán los numerales segundo y quinto de la parte resolutiva, en el entendido que la orden impartida será cumplida por la Comisión Nacional del Servicio Civil – conforme a sus competencias -, sin que sea necesario ordenar la suspensión de la

prescripción de la lista de elegibles conformada mediante la Resolución N° 20182120138255 del 17 de octubre de 2018, respecto de la OPEC 57608 próxima a vencerse, dado que – de eventualmente establecerse la compatibilidad con las OPEP 118945, 118578 y 130310 - ya se dispuso en el numeral cuarto del aludido proveído.

Por lo expuesto, el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala de Decisión Penal – En tutela –, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO. - CONFIRMAR el fallo de fecha, naturaleza y origen reseñados, mediante el cual la Juez Sexto Penal del Circuito de Bucaramanga concedió el amparo deprecado por la señora ANYELA MARÍA FERRO ZANGUÑA, con la **MODIFICACIÓN** consistente en que la orden impartida en los numerales segundo y quinto debe ser ejecutada por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - acorde con sus competencias -.

SEGUNDO. - ORDENAR remitir las diligencias a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

El secretario de la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Bucaramanga debe atender lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-115819 del pasado 27 de junio, expedido por la Presidencia del H. Consejo Superior de la Judicatura.

Aprobado en acta virtual N° 827 DE LA FECHA

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. –

Los Magistrados,

JUAN CARLOS DIETTES LUNA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA
SALA PENAL

LUIS JAIME GONZÁLEZ ARDILA

GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

ORLANDO PÉREZ AGUILAR
Secretario

Tutela de 2ª instancia – Confirma con modificación –
A/ Anyela María Ferro Zanguña
C/ CNSC y otro
Juez 6º Penal del Circuito de Bucaramanga

T R I B U N A L S U P E R I O R D E L D I S T R I T O J U D I C I A L

S A L A P E N A L – En tutela -

Magistrado Ponente: Dr. JUAN CARLOS DIETTES LUNA

Bucaramanga, octubre veinte (20) de dos mil veinte (2020)

A S U N T O

Se resuelve la impugnación interpuesta por el ASESOR JURÍDICO DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL contra la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2020 por la Juez Sexto Penal del Circuito de Bucaramanga, mediante la cual concedió el amparo deprecado.

A N T E C E D E N T E S

1.- La señora Anyela María Ferro Zanguña manifestó que - en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 - la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó un concurso abierto de méritos - N° 436 de 2017 – mediante el Acuerdo 20171000000116 del 24 de julio de 2017, para proveer 4973 vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje “SENA”; se inscribió para la denominada Profesional Grado 8 OPEC 57608 y a través de la Resolución 20182120138255 del 17 de octubre de 2018 la CNSC conformó la lista de elegibles que cobró firmeza el siguiente 6 de noviembre; inicialmente ocupó el 4° puesto y en la actualidad el 1º, pues los dos primeros aspirantes no

aceptaron, el tercero se posesionó y superó el período de prueba; respecto del uso de la lista de elegibles aplica el fenómeno de la retrospectividad y, por ende, su vigencia es de dos años, acorde con lo establecido en la Ley 1960 de 2019, la Circular 001 de 2020, el Acuerdo 165 de 2020 y el criterio unificado sobre uso de listas de elegibles de la CNSC del pasado 16 de enero; el artículo 58 del Acuerdo N° CNSC – 20171000000116 del 24 de julio de 2017 dispuso la recomposición automática de las listas de elegibles una vez los aspirantes tomen posesión del empleo en estricto orden de mérito, no acepten o no se posesionen dentro de los términos legales, o sean excluidos – artículos 55 y 56 –.

El SENA solicitó autorización a la CNSC para usar las listas de elegibles en vacantes no reportadas en la Convocatoria 436 de 2017, así: (I) Marzo 24 de 2020, primer bloque – Radicado N° 20203200436562 –, correspondiente a (i) Dirección General - Dirección Jurídica - Profesional (SENA) - 8 - 1 - 118945 y (ii) Huila - Centro de Gestión Dllo Sostenible Surcolombiano - Profesional (SENA) - 8 - 1 - 118578, dado que no existían listas de elegibles para cubrir esas plazas y, en consecuencia, el SENA reconoció la existencia de dos vacantes definitivas para los mismos o similares empleos a los que ha concursado y (II) Abril 30 de 2020, segundo bloque – Radicado N° 20203200520132 –, correspondiente a Cundinamarca – Despacho Dirección - Profesional - 8 - 1 - 130310, es decir, reconoció la existencia de una vacante definitiva similar a la cual concursó y no reportó en la Convocatoria 436; por consiguiente, su OPEC 57608 podía ser utilizada para ocupar una de dichas vacantes – según el estudio que efectuara la CNSC -, pues se trata de empleos iguales, con funciones, requisitos y asignación iguales – acorde con el Manual de Funciones -, de tal forma que si el SENA no efectuaba esa solicitud a la CNSC o pedía ofertarla en un nuevo concurso, vulneraría sus derechos fundamentales, máxime si las estaban ocupando personas nombradas en provisionalidad.

Afirmó que el 17 de mayo de 2010 – sic – le solicitó al SENA usar la lista de elegibles en que se encuentra en el primer puesto para su nombramiento – Radicados N° 7-2020-080337 y N° 7-2020-080755 -, contestándole el pasado 23 de junio que "… del reporte realizado hasta el momento a la CNSC de las vacantes definitivas generadas con posterioridad a la realización de la Convocatoria 436 de 2017 y de las vacantes cuyos concursos fueron declarados desiertos, no existe una vacante (desprovista, en provisionalidad o en encargo) que corresponda al empleo OPEC N° 57608, el cual se denomina Profesional Grado 08, ubicado en el municipio de Soacha (Cundinamarca), con el propósito, funciones y requisitos del proceso GESTIÓN DEL TALENTO HUMANO. En caso que con posterioridad se presente alguna vacante en la cual Usted cumpla con los requisitos para ser nombrada y se cuente con autorización de la CNSC, será oportunamente informada…el uso de las listas conformadas en el marco de la Convocatoria 436 de 2017 únicamente procede frente a vacantes que correspondan a los "mismos empleos" reportados y respecto a los cuales ya se brindó una respuesta concreta…".

Después de citar algunos pronunciamientos judiciales emitidos en situaciones similares, solicitó amparar sus derechos fundamentales y, por lo tanto, (i) ordenar al Director Nacional del SENA - o a quien delegara - procediera de manera prioritaria a solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil el uso de la lista de elegibles conformada por la Resolución 20182120138255 del 17 de octubre de 2018 para suplir todas las vacantes definitivas que surgieron con posterioridad al cierre de la OPEC o no reportadas, relacionadas con el empleo de Profesional Grado 8 y (ii) ordenar a la CNSC realizar el estudio técnico de la citada Resolución 20182120138255 y remitir la autorización con su nombre para cubrir las vacantes definitivas del empleo de Profesional Grado 8 iguales o equivalentes o empleos con similitud funcional; en forma subsidiaria, pidió (i) suspender la vigencia del artículo 6° de la referida Resolución 20182120138255, a fin de no causar un perjuicio irremediable por la posible mora en el estudio y las actividades administrativas y financieras que desarrollan el SENA y la CNSC, (ii) limitar en el tiempo al SENA y a la

CNSC para realizar los trámites administrativos y financieros requeridos, sin que sea superior a la vigencia de las listas de elegibles, (iii) vincular a los terceros interesados como los funcionarios que ocupan dichos cargos en provisionalidad al interior del SENA y (iv) pedir al SENA y a la CNSC que al contestar la acción de tutela informaran las vacantes definitivas (desiertas, nuevas generadas por alguna causa legal, vacantes no reportadas o cargos creados) existentes para el cargo de Profesional Grado 8 o equivalentes del SENA, indicando el propósito, funciones, requisitos y asignación salarial, con el objeto de establecer la similitud funcional del cargo.

2.- Una vez avocado conocimiento el Juez Sexto Penal del Circuito de Bucaramanga corrió traslado del escrito de tutela y los interesados contestaron lo siguiente:

2.1. Un asesor jurídico de la CNSC manifestó que el amparo deprecado se tornaba improcedente en virtud del principio de subsidiariedad, puesto que la demandante dispone de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho previstos en la Ley 1437 de 2011 para controvertir los resultados del concurso, aparte que no demostró la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable constitutivos de un perjuicio irremediable; además, consultado el Banco Nacional de Listas de Elegibles constató que la CNSC - mediante la Resolución N° 20182120138255 del 17 de octubre de 2019 (sic) que cobró firmeza el 6 de noviembre siguiente (sic) - conformó la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo N° 57608, denominado Profesional Grado 8 del Sistema General de Carrera Administrativa del SENA, ofertado a través de la convocatoria N° 436 de 2017 – SENA, en la cual la accionante ocupó el 4° puesto, de tal modo que su posición carecía de mérito para ser nombrada, a lo cual se sumaba que lo pretendido contrariaba lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 - vigente cuando se realizó el concurso -, según el cual las listas de elegibles “en estricto orden de mérito cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso”, no otras.

Agregó que las listas de elegibles conformadas para los empleos de carrera administrativa pueden usarse para proveer las vacantes generadas en los empleos convocados, por su tiempo de vigencia - dos años -, tal como ocurría con las integradas para los empleos que hicieron parte de la Convocatoria N° 436 de 2017 – SENA, acorde con lo establecido en el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, el cual modificó el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004; adicionalmente, en cumplimiento de la mencionada normatividad la CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública - a través del numeral 6° de la Circular Conjunta N° 20191000000117 del 29 de julio de 2019 - impartieron instrucciones sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019 y, en consecuencia, si las listas de elegibles derivadas de la Convocatoria N° 436 de 2017 fueron aprobadas antes de entrar en vigencia la ley 1960 de 2019, solo pueden ser utilizadas para proveer vacantes de los empleos ofertados en el mencionado proceso de selección, o para cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos" - con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes - o vacantes en cargos de empleos equivalentes de la respectiva Convocatoria.

Por último, adujo que las causales de retiro del servicio están definidas en los artículos 41 y 42 de la Ley 909 de 2004, lo cual podría conllevar - previa solicitud de la entidad - al uso de una lista de elegibles vigente, en cumplimiento de lo previsto en el parágrafo 1° del artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de la Función Pública, así (i) presentada la renuncia en período de prueba o ante la derogatoria del nombramiento, el “uso de listas es automática” y, por lo tanto, la entidad está autorizada para utilizar en estricto orden de mérito las listas de elegibles durante su vigencia – numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 – y (ii) si se presenta la renuncia o se declara la vacancia definitiva, superado el período de prueba, la entidad debe solicitar autorización para hacer “uso de la lista con cobro” – inciso 4° del artículo 30 de la Ley 909 de 2004 –; en el caso del SENA efectuó una “solicitud de autorización del uso de las listas de

elegibles en vacantes no reportadas en la Convocatoria 436 de 2017" - a través del radicado 20203200636812 -, sin incluir la OPEC 57608, petición atendida a través del radicado 20202120501431 del pasado 1° de julio.

2.2. El Coordinador del Grupo de Relaciones Laborales de la Secretaría General del SENA indicó que la CNSC abrió la Convocatoria 436 de 2017 para proveer definitivamente los empleos vacantes del personal perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa del SENA; en el Acuerdo N° 20171000000116 del 24 de julio de 2017 se establecieron las reglas del concurso que debían aceptar los interesados, según lo dispuesto por el numeral 4° del artículo 9° ibídem; cada persona podía inscribirse a un solo empleo público; cada OPEC y el número de vacantes era diferente; a través de la Resolución N° 20182120138255 del 17 de octubre de 2018 la CNSC conformó la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo de carrera identificado con OPEC N° 57602 – sic –, denominado Profesional Grado 8, con vigencia de dos años – artículos 58 del Acuerdo 20171000000116 de 2017 y 31 numeral 4° de la Ley 909 de 2004 –; en firme dicha lista de elegibles el nominador debía efectuar el nombramiento en período de prueba, en estricto orden de mérito.

El 16 de enero de 2020 la CNSC unificó su criterio y aclaró (i) sobre el uso de listas de elegibles en los "mismos empleos" que "… las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos", entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC" y (ii) sobre el uso de listas de elegibles en "empleos equivalentes",

aclaró que “El enfoque dado por la Ley 1960 de 2019 para los procesos de selección, implica que éstos deberán ser estructurados considerando el posible uso que pueda hacerse de las listas de elegibles para empleos equivalentes, con el objeto de lograr que ellos sean equiparables desde el proceso de selección”; y en relación con el requisito de “ubicación geográfica”, el siguiente 29 de febrero en Concepto N° 20202120242511 el Comisionado Fridole Ballén Duque aclaró que hacía referencia a las vacantes ubicadas en el mismo municipio donde está el empleo reportado.

No era sujeto pasivo de la acción constitucional porque no le correspondía elaborar ni conformar las listas de elegibles, así como la actora contaba con otros mecanismos de defensa judicial - medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa – contra los actos administrativos emitidos por el SENA o la CNSC, a la par que podía solicitar su suspensión como medida cautelar, al considerarlos ilegales o inconstitucionales, máxime si la accionante no pidió una protección transitoria, ni demostró con prueba alguna que se le causa un perjuicio de carácter irremediable.

La accionante se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 para participar en el empleo de carrera identificado con código OPEC 57608, denominado Profesional Grado 8, para proveer una vacante en Soacha; en la lista de elegibles ocupó la posición N° 4 que no le otorgaba derechos de carrera administrativa, pues el SENA nombró al primero en la lista; la Convocatoria 436 de 2017 se adelantó con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019 que permite hacer uso de las listas de elegibles en empleos equivalentes y, entonces, el uso de listas que la CNSC apruebe para el SENA es únicamente para proveer las vacantes de los mismos empleos reportados; la CNSC es la encargada del análisis funcional de los empleos con las vacantes existentes y la autorización del uso de listas, acorde con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 909 de 2004; el SENA efectuó el reporte de vacantes definitivas existentes en la planta de personal a la CNSC, entidad que debe aprobar el uso de las listas de elegibles conformadas en la Convocatoria 436

de 2017 para los “mismos empleos” con las características establecidas en el criterio unificado y estén vigentes, pero no existen vacantes de Profesional Grado 8 en Soacha pertenecientes al proceso de Gestión del Talento Humano que cumplan el requisito del criterio unificado para vincular a la accionante.

2.3. Los demás aspirantes que conforman la lista de legibles fueron vinculados y guardaron silencio sobre lo planteado.

3.- El anterior cognoscente resolvió declarar improcedente el amparo deprecado, puesto que la accionante cuenta con otros mecanismos judiciales idóneos para resolver su controversia - la justicia contenciosa administrativa -, a través de los medios de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, pudiendo solicitar la adopción de las medidas cautelares previstas en los artículos 229 y 234 de la Ley 1437 de 2011; además, no acreditó la existencia de un perjuicio de carácter irremediable.

4.- Inconforme con el fallo, la demandante lo impugnó porque no se realizó un estudio de fondo de los hechos y sus pretensiones, solo se sostuvo que - por subsidiariedad - era improcedente el amparo, al contar con otros mecanismos de defensa judicial – contencioso administrativo –, cuando lo rogado consistía en usar la lista de elegibles de la OPEC 57608 - Resolución 20282120138255 - para ser nombrada en un empleo no convocado - en armonía con lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019 -, más aún si un proceso de esa índole podría durar más de 6 años.

De otro lado, los argumentos de las demandadas no se ajustaban concretamente a los antecedentes que originaron la acción constitucional, pues la CNSC faltó a la verdad al afirmar que buscaba acceder a un cargo para el cual no concursó y cuyos derechos no adquirió, buscando poner en duda su participación en el concurso, aún cuando se contradijo al aseverar que se encontraba en el Banco Nacional de Listas de Elegibles; además, sabía que unos eran los empleos inicialmente provistos y otros los no

convocados, uno de los cuales reclamaba, a fin que no se vulnerara su derecho al acceso a cargos públicos por mérito, igualdad y transparencia; por ende, los empleos no convocados correspondían a las vacantes definitivas que surgieron con posterioridad a la convocatoria 436 de 2017, cuya provisión se debía regir por los cambios introducidos en la Ley 1960 de junio de 2019, donde se dispuso "4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad".

Entonces, su inconformidad radicaba en que - a pesar de existir tres vacantes definitivas en el SENA en empleos equivalentes al que concursó - no se integraba una lista con esas tres vacantes de empleos con similitud funcional – Profesional Grado 8 – pudiendo - por posición de mérito y al cumplir los requisitos - acceder a una de ellas con base en el criterio del mérito de contar con un mejor puntaje que los allí ubicados geográficamente; o sea, su debate se centraba en el antes y el después de la ley 1960 de 2019, pues inicialmente la CNSC - en Criterio Unificado del 1° de agosto de 2019 - dispuso que el nuevo régimen era aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019 y – mediante el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 – dejó sin efectos el anterior y debían favorecerla antes de producirse el vencimiento de su lista de elegibles.

Añadió que ante diferentes fallos judiciales la CNSC conformó la lista general para los cargos de la Convocatoria 436 de 2017, declarados desiertos, por lo cual no se trató de los mismos empleos y los aspirantes nombrados en periodo de prueba accedieron a un cargo para el cual no concursaron y cuyo derecho no ganaron; entonces, negar el uso de su lista de elegibles por no ser de la ubicación geográfica donde están las vacantes, era inconstitucional.

La actora – vía correo electrónico - el pasado 10 de agosto adicionó la impugnación argumentando que la H. Corte Constitucional en sentencia T-180 de 2015 sostuvo que la acción de tutela es procedente – así exista otro medio de defensa ante la jurisdicción contencioso administrativa – si no es eficaz para lograr la protección inmediata de los derechos, ni garantizar la correcta aplicación del artículo 125 de la Carta Política; y el siguiente 27 de agosto allegó copia de un fallo de tutela proferido por el H. Tribunal Superior de Medellín el anterior 24 de julio, en un caso similar.

5.- La señora Dolly Rincón Rodríguez aseguró que participó en la Convocatoria 436 y tenía la expectativa de conformar una lista de elegibles para acceder por méritos a un empleo no convocado, por lo cual aportó distintas providencias de la H. Corte Constitucional como criterio auxiliar de interpretación sobre la retrospectividad de la legislación, aplicable al caso concreto de la Ley 1960 de 2019; expuso que en el SENA habían más de 200 cargos para llevar a un nuevo concurso, a pesar de ya existir listas de elegibles, al estimar que la Ley 1960 de 2017 (sic) no admite el uso de las listas de elegibles con posterioridad a la convocatoria 436; sin embargo, en los fallos proferidos por los H. Tribunales Administrativos del Valle del Cauca y Tolima se concluyó lo contrario; las listas de elegibles de la convocatoria 436 están vigentes, guardan las mismas similitudes fácticas con la de la accionante y ante una duda razonable debe favorecerse al trabajador - al elegible -; adjuntó la Resolución N° 20182120188655 del 24 de diciembre de 2018 - por la cual se conformó la lista de elegibles de la OPEC 58657, donde ocupó la posición N° 2 - y allegó fallos de tutela proferidos por diferentes despachos judiciales respecto de situaciones similares.

6.- Con proveído del pasado 2 de septiembre esta Colegiatura decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto que avocó conocimiento, pues el Juez Sexto Penal del Circuito de esta ciudad no vinculó al trámite a los funcionarios que ocupan – en provisionalidad – los empleos del SENA, a saber: (i) Ubicación: Dirección General - Dirección Jurídica -, denominación: Profesional

Grado 8, vacante: 1, OPEC 2019 – 118945; (ii) Ubicación: Huila - Centro de Gestión Dllo Sostenible Surcolombiano -, denominación: Profesional Grado 8, vacante: 1, OPEC 2019 - 118578 y (iii) Ubicación: Cundinamarca – Despacho Dirección -, denominación: Profesional Grado 8, vacante: 1, OPEC 2019 – 130310.

7.- El siguiente 4 de septiembre se avocó nuevo conocimiento, vinculó a los antedichos, corrió traslado del escrito de tutela y los interesados contestaron lo siguiente:

7.1. El Coordinador del Grupo de Relaciones Laborales de la Secretaría General del SENA informó que la OPEC 57608 pertenece al proceso de Gestión del Talento Humano; revisados los cargos vacantes y desiertos, no hay cargo equivalente a ese proceso; en la OPEC 2019-118945 y OPEC 2019-118578, pertenecientes al proceso de Gestión Jurídica y de Direccionamiento Estratégico, están encargados los funcionarios Antonio Trujillo Illera y Gina Andrea Arcos Avila, respectivamente; la OPEC 2019-130310 - proceso de Gestión Contractual - está vacante, o sea, no la ocupa algún funcionario.

7.2. El señor Antonio José Trujillo Illera aceptó ocupar el cargo de Profesional Grado 8 por encargo que tramitó ante la Secretaría General del SENA, sin que tuviera nada que agregar respecto de la reclamación de la actora.

En escrito adicional indicó que es abogado, especializado en Derecho Administrativo, Diplomado en Derecho Disciplinario, con más de 24 años de experiencia a nivel profesional, asesor y directivo del SENA, vinculado en un empleo de carrera administrativa del nivel profesional grado 7; mediante la Resolución N° 1-1095 del 21 de junio de 2019 lo encargaron como Profesional Grado 8, con IDP 230, vacancia definitiva, adscrito a la Dirección Jurídica del SENA, cuyas funciones exigían el perfil de abogado especializado; tomó posesión el siguiente 15 de julio – Acta 265 –; no ocupa el cargo en

provisionalidad, sino en encargo y tiene un derecho adquirido, conforme a la normatividad vigente.

Dicho cargo no tiene las mismas o similares funciones ni requisitos al de Profesional Grado 8 para el cual se postuló la concursante, pues dicho empleo está orientado a "Participar en la organización y administración del talento humano del Centro de Formación a través de la inducción, el entrenamiento en el puesto de trabajo, la capacitación, el bienestar, la compensación y la evaluación del desempeño, hacia el óptimo funcionamiento del personal y propiciar ambientes de trabajo adecuados, fortalecer competencias y contribuir al logro de los objetivos institucionales desde el Centro", lo que de ninguna manera corresponde a las funciones, perfil y rol de abogado exigidas para el empleo en que fue encargado – Profesional Grado 8, IDP 230 – adscrito a la Dirección Jurídica; a su turno, la similitud de propósitos, requisitos y funciones de un empleo le corresponde determinarlo a la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad responsable de conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles.

7.3. Los demás vinculados guardaron silencio durante el lapso otorgado.

8.- La nueva cognoscente tuteló los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y acceso a cargos públicos de la accionante y, en consecuencia, ordenó al SENA verificar si la OPEC 57608 es compatible con las OPEC 118945, 118578 y 130310 – declaradas vacantes definitivas –; una vez estableciera su equivalencia en denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito y funciones, de ser procedente, debía remitir a la Comisión Nacional del Servicio Civil la autorización de uso de la lista de elegibles; una vez materializado lo anterior, la Comisión Nacional del Servicio Civil está obligada a conformar las listas de elegibles para las OPEC 118945, 118578 y 130310 - en estricto orden de méritos - y remitir el respectivo acto administrativo al SENA para que efectúe los nombramientos en período de prueba; de asistirle derecho preferencial a la actora a ser nombrada en

período de prueba en cualquiera de las OPEC 118945, 118578 y 130310, ordenó suspender los efectos de la prescripción de las listas de elegibles relacionadas, hasta concretarse el cabal cumplimiento de esa determinación; finalmente, advirtió a la demandante que el amparo no implicaba "per se" el nombramiento en período de prueba en el cargo al cual aspira, pues todo dependía del estudio que adelantara el SENA, las equivalencias en denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito y funciones, frente a la OPEC a la cual concursó y las ofertadas como definitivas y, por ende, de no favorecer sus intereses, ineludiblemente debe acudir al juez contencioso administrativo a definir su legalidad.

9.- Inconforme con el fallo, el Asesor Jurídico de la Comisión Nacional del Servicio Civil lo impugnó por vulnerar los principios de igualdad, legalidad y acceso a cargos públicos por mérito, pues la tesis de la a quo implicaba erigir la tutela en una causal para acceder al servicio público sin méritos; también desconocía el principio de subsidiariedad, ya que se limitó a indicar que los medios de control de lo contencioso administrativo "de ningún modo representan un medio de protección efectivo de los derechos fundamentales de las personas que, habiendo adelantado los trámites necesarios para su vinculación a través de un sistema de selección de méritos, ven truncada su posibilidad de acceder al cargo público por aspectos ajenos a la esencia del concurso" y, por lo tanto, incurrió en error al suponer - sin estar probado - que la accionante tiene derecho a acceder a un cargo público por mérito; no obstante, la actora pretendía eludir que no logró una posición de mérito, para ser nombrada por vía de tutela, desconociendo así el debido proceso del concurso de méritos.

Señaló que el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 - vigente al realizarse el concurso – consagra que con las listas de elegibles "en estricto orden de mérito se cubrirían las vacantes para las cuales se efectuó el concurso" - no otras – y, por consiguiente, las listas de elegibles conformadas para los empleos de carrera administrativa, culminado el proceso de selección

pueden usarse para proveer las vacantes que se generen en los empleos convocados, durante su vigencia – 2 años –, situación en que se encuentran las listas de elegibles de la Convocatoria N° 436 de 2017 – SENA; en consecuencia, efectuados los nombramientos en período de prueba, no resulta jurídicamente viable reagrupar o integrar listas generales incluyendo a los elegibles que en su oportunidad no alcanzaron el orden de elegibilidad necesario para acceder a una de las vacantes ofertadas.

Agregó que se dio aplicación retrospectiva a la Ley 1960 de 2019, desconociendo que la Convocatoria 436 de 2017 - SENA se hizo con anterioridad a su entrada en vigencia – Acuerdo N° 20182120149475 del 17 de octubre de 2018 –, lo que iba en contravía de lo dispuesto en los artículos 52 y 53 de la Ley 4ª de 1913, dado que la ley rige con posterioridad a su publicación – junio 27 de 2019 – y, entonces, rige para procesos de selección o concursos iniciados con posterioridad a dicha fecha; a la par, el fenómeno de la retrospectividad procede “frente a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa”, lo cual dista de la Convocatoria 436 de 2017 porque sus etapas ya estaban agotadas y se trataba de un hecho consolidado.

A través de la Circular Conjunta N° 2019100000117 del 29 de julio de 2019, numeral 6°, la CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública impartieron instrucciones sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019, a partir de su entrada en vigencia y en relación con los procesos de selección a los que aplica y, por ende, las listas de elegibles de la Convocatoria 436 de 2017 - aprobadas antes de entrar en vigencia la Ley 1960 de 2019 - solo pueden utilizarse para proveer vacantes de los empleos ofertados en el mencionado proceso de selección o para cubrir nuevas vacantes de los “mismos empleos”, al igual que las causales de retiro del servicio están previstas en los artículos 41 y 42 de la Ley 909 de 2004, permitiendo la solicitud de uso de listas de elegibles vigente.

Informó que las listas de elegibles de la Convocatoria 436 de 2017 - SENA se conformaron con la oferta pública de empleos de carrera – OPEC reportada por la entidad al inicio del proceso, lo que hace parte de las reglas de la convocatoria, aceptadas por los aspirantes en su totalidad al inscribirse – numeral 8° del artículo 13 del Acuerdo N° CNSC-20171000000116 del 24 de julio de 2017 – y, por lo tanto, al elegir un empleo también eligen una ubicación geográfica determinada por el lugar donde se encuentra dicho empleo; y si las vacantes enunciadas en el fallo de tutela no son del "mismo empleo" – criterio de unificación – no podrían proveerse con la lista en que se encuentra la accionante – Cundinamarca - Soacha- OPEC 57608 –.

Afirmó que por "mismos empleos" debe entenderse los que corresponden a igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, es decir, un empleo igual en todos los componentes, requisito sine qua non para que un elegible pueda ser nombrado; además, para determinar si un empleo es "equivalente" a otro se debe analizar la similitud de funciones, requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales, nivel jerárquico y grado salarial, proceso que inicia con la revisión y selección de los empleos de las listas de elegibles vigentes; en consecuencia, contrario a lo afirmado por la a quo, las listas de elegibles pueden usarse para proveer "mismos empleos" que surjan con posterioridad en la planta de personal, no para empleos equivalentes – tal como se ordenó -; adicionalmente, según lo dispuesto en el artículo 2.2.11.2.3 del Decreto 1083 de 2015 acerca de los "empleos equivalentes", dicha norma se encamina al amparo de los derechos del empleado que ostenta derechos de carrera administrativa cuando el empleo que desempeña ha sido objeto de supresión, es decir, no aplica para los elegibles que integran una lista y producto de su posición no pudieron acceder a una vacante de las ofertadas.

Indico que las OPEC 118945, 118578 y 130310 tienen diferente ubicación geográfica – Bogotá, Huila y Bogotá –, propósito, funciones y requisitos de

estudio diferentes a los requeridos en la OPEC 57608; el Acuerdo 562 de 2016 solo aplica para lo reportado en la Convocatoria 436 de 2017, sin que pueda extenderse a vacantes no reportadas por el SENA dentro de la Convocatoria o que surgieron con posterioridad; y en el fallo de primer grado – hojas 15 y 16 – se cita una sentencia de este Tribunal Superior que menciona empleos declarados desiertos dentro de la convocatoria, mientras que las vacantes denominadas 118945, 118578 y 130310 no hicieron parte de la Convocatoria.

Por último, resaltó que la juez de primer grado incurrió en error, pues el SENA no otorga la autorización para el uso de listas, dado que ese trámite es del resorte de la CNSC – Circular externa 001 del 21/02/2020 (202010000017) -, al igual que la suspensión de la prescripción de las listas de elegibles socava el principio de legalidad jurídica – numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 –, razones suficientes para revocar el fallo impugnado.

10.- El asesor jurídico de la Comisión Nacional del Servicio Civil después presentó una solicitud de aclaración del fallo de primer grado, ya que en la CNSC está radicada la competencia para analizar si un elegible cumple con los requisitos establecidos para el empleo, dadas sus funciones de administración y vigilancia de la carrera administrativa – artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004 –; sin embargo, equivocadamente se dispuso que lo hiciera la entidad nominadora, lo cual desbordaba las competencias definidas en el artículo 15 ibídem, máxime si la CNSC administra el proceso de selección, puede realizar el estudio técnico para determinar si la aspirante cumple las exigencias de la OPEC y el pasado 21 de septiembre negó dicha solicitud.

11.- La demandante objetó lo manifestado por el Coordinador del Grupo de Relaciones Laborales del SENA y pidió tener en cuenta como criterio auxiliar los pronunciamiento de distintos despachos judiciales sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019; adujo que - acorde con el cuadro comparativo de empleos presentado por el SENA - en la Convocatoria 436 de 2017 se ofertaron nueve (9) perfiles en nueve (9) OPEP diferentes: 57050, 57608 (de la actora), 57970,

58260, 58699, 60343, 60375, 60487 y 60508; revisado y comparado el propósito de los empleos, la OPEC 57608 es la única del Área de Talento Humano para un Centro de Formación, área temática que - según lo reiterado por las accionadas - define el perfil de cada OPEC de la Convocatoria, en el "mismo empleo" y en el caso concreto "su similitud funcional y equivalencia frente a los empleos "no convocados"; en la planta global del SENA se reportaron en vacancia definitiva no convocados tres (3) cargos de Profesional Grado 8, así: IDP 230, 4303 y 9236 correspondientes a las OPEC 118945, 118578 y 130310, respectivamente - anexo comparativo del SENA - y recientemente conoció que existe un cuarto cargo de Profesional Grado 8 con IDP 303 desprovisto, no relacionado en los informes ni autorizado por la CNSC.

Añadió que en los anexos de la tutela - oficio del pasado 24 de marzo con radicado 20203200436562 y oficio del siguiente 30 de abril con radicado 20203200520132 – se evidencia que las IDP de los cargos no ofertados de Profesional Grado 8 reportados no registran el área temática o perfil del cargo y, por ende, los elegibles no supieron a ciencia cierta qué perfiles eran, sí que son de la misma naturaleza, código y grado (Profesional Grado 8), permitiendo su nombramiento en uno de ellos para darle continuidad a la lista OPEC 57608, lo cual negó el SENA, al optar por proponer un nuevo perfil para reportarlas, así: la IDP 230 para el área de Jurídica y la IDP 9236 para el área de Contratación, perfiles no ofertados en la OPEC de la convocatoria; y de la IDP 303 se desconoce su perfil y las vacantes proyectadas en una nueva convocatoria, a pesar de existir una lista de elegibles para la OPEC 57608, integrada por ella y de la cual reclama uno de los cuatro cargos.

Al revisar la OPEC 57608 el estudio técnico arrojó que no es compatible para un empleo igual a las OPEC 118945, 118578 y 130310, pues no cumple con los requisitos establecidos por la CNSC, conforme al criterio unificado y concepto adjunto; al contrario, las nuevas OPEC no son compatibles con la OPEC 57608, dado que (i) las nuevas OPEC se perfilaron en empleos que no

fueron ofertados - Profesional Grado 8 en Gestión Jurídica y Profesional Grado 8 en Gestión Contractual – y, por ende, al surgir con posterioridad a la convocatoria, en el marco de la Ley 1960 de 2019, en aplicación del artículo 125 de la Constitución Nacional y la protección más favorable que brinda el artículo 53 superior, debía darse continuidad a la lista de elegibles de la OPEC 57608, empleo que sí se ofertó y es reclamado por la actora para acceder a un cargo no convocado en periodo de prueba, previa posición de mérito y cumplimento de los requisitos y (ii) la lista que integra en la OPEC 57608 se encuentra vigente, siendo aplicable lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, modificado por el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, según el cual: "4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad"; entonces, en una interpretación hermenéutica los perfiles de las vacantes no convocadas, identificadas y reportadas por el SENA para el nuevo concurso - OPEC 118945, 130310 y 118578 - contrarían la Ley 1960 de 2019, pues no se ofertaron en la Convocatoria.

De otra parte, la aplicación de la Ley 1960 de 2019 se dio atendiendo las directrices del criterio unificado del pasado 16 de enero, cuestionado en diferentes fallos judiciales y, por lo tanto, debía darse continuidad al uso de la lista de la OPEC 57608, en una de las vacantes no convocadas objeto de la presente tutela, a lo cual se sumaba que cursan varias acciones constitucionales contra las accionadas, para usar listas de elegibles en vacantes no convocadas en el marco de la Ley 1960 de 2019, ya que se modificaron discrecionalmente los perfiles, adquiriendo los nominadores un poder por encima del mérito, pues terminan decidiendo quién de los elegibles

en lista de espera ingresa y quién no ingresa a la carrera administrativa y qué cargos se someten a un nuevo concurso.

Por lo antedicho, solicitó modificar (o modular) la sentencia de primer grado que amparó sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo y acceso a cargos públicos, en el sentido de ordenar: (i) al Director del SENA que - en coordinación con la Comisión Nacional del Servicio Civil - en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación del fallo, realicen el nombramiento en periodo de prueba en el cargo de Profesional Grado 8 Código OPEC 57608, a quienes siguen en turno en la lista de elegibles conformada a través de la Resolución N° 2018212013825 del 17/10/2018, para cargos no convocados en el territorio nacional y (ii) en el evento que le asista el derecho preferencial de acceder en periodo de prueba a un cargo no convocado - de acuerdo a la posición de mérito y el cumplimiento de los requisitos mínimos dentro de la OPEC 57608 – se proceda a suspender los efectos de la prescripción de la citada lista de elegibles, hasta darle cabal cumplimiento a esa determinación.

C O N S I D E R A C I O N E S D E L A S A L A

1.- La acción de tutela es un mecanismo de rango constitucional concebido para proteger los derechos fundamentales cuando sean vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad o particular en los casos expresamente previstos por la ley, cuya procedencia está sujeta a la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial, salvo que a ella se acuda transitoriamente para precaver un perjuicio irremediable, caracterizándose por su naturaleza subsidiaria, no alternativa y mucho menos llamada a reemplazar procedimientos ordinarios previstos para su efectivo amparo.

2.- Acorde con los artículos 86 de la C.P. y 10º del decreto 2591 de 1991 la acción de tutela puede presentarse directamente, a través de representante o agenciando derechos ajenos, de tal modo que la señora Angela María Ferro Zanguña estaba legitimada para interponerla en su calidad de presunta afectada.

3.- El censor pretende que se revoque el fallo de primer grado porque se desconoció el principio de subsidiariedad, las listas de elegibles conformadas para los empleos de carrera administrativa - culminado el proceso de selección - pueden utilizarse para proveer las vacantes que se generen en los empleos convocados, durante su vigencia de dos (2) años – Convocatoria N° 436 de 2017 – SENA – y, en consecuencia, efectuados los nombramientos en período de prueba no es jurídicamente posible reagrupar o integrar listas generales que incluyan a los elegibles que en su oportunidad no alcanzaron el orden de elegibilidad necesario para acceder a una de las vacantes ofertadas, menos aún resulta aplicable la retrospectividad de la Ley 1960 de 2019, dado que la Convocatoria 436 de 2017 - SENA se hizo antes de entrar en vigencia – Acuerdo N° 20182120149475 del 17 de octubre de 2018 - y solo rigió a partir de su publicación – junio 27 de 2019 – para procesos de selección o concursos iniciados con posterioridad a dicha fecha; por su parte, la demandante pidió ordenar al Director del SENA - en coordinación con la Comisión Nacional del Servicio Civil – realizar el nombramiento en periodo de prueba en el cargo de Profesional Grado 8 Código OPEC 57608 a quienes siguieran en turno en la lista de elegibles conformada a través de la Resolución N° 2018212013825 del 17/10/2018, para cargos no convocados en el territorio nacional y de asistirle el derecho preferencial de acceder en periodo de prueba a un cargo no convocado - de acuerdo a la posición de mérito y el cumplimiento de los requisitos mínimos dentro de la OPEC 57608 – se procediera a suspender los efectos de la prescripción de la citada lista de elegibles, hasta darle cabal cumplimiento a esa determinación, aspectos sobre los cuales la Colegiatura estima lo siguiente:

3.1. Según lo previsto en el artículo 29 de la Carta Política y lo desarrollado por la jurisprudencia del máximo Tribunal Constitucional

"…el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. En virtud de tal disposición, se reconoce el principio de legalidad como pilar fundamental en el ejercicio de las funciones por parte de las autoridades judiciales y administrativas, razón por la cual, están obligadas a respetar las formas propias de cada juicio y a asegurar la efectividad de todas aquellas normas que permitan a los administrados presentar, solicitar y controvertir pruebas, y que en últimas, garanticen el ejercicio efectivo del derecho de defensa...De esta manera, el debido proceso se define como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley...Al respecto, la Corte ha determinado que "Corresponde a la noción de debido proceso, el que se cumpla con arreglo a los procedimientos previamente diseñados para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva relación o situación jurídica..."

Por otro lado, ha sostenido que al juez constitucional – antes que a cualquiera otro – le asiste el deber de evaluar cada asunto con el objeto de descartar o no el uso de la acción de tutela como mecanismo excepcional, pues

"…El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos…(…)…Atendiendo a lo expuesto, esta Corporación en sentencia T-514 de 2003, estableció que no es, en principio, la acción de tutela el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable. Al respecto ha establecido: "La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con

ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo…"

Y prosiguió diciendo que

"…Sobre el ejercicio indiscriminado de la acción de tutela contra actos de la administración cuando proceden otros mecanismos judiciales de defensa, este Tribunal[1] ha advertido las siguientes consecuencias: '(…) la paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias por el uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela entraña (i) que se desfigure el papel institucional de la acción de tutela como mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, (ii) que se niegue el papel primordial que debe cumplir el juez ordinario en idéntica tarea, como quiera que es sobre todo éste quien tiene el deber constitucional de garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 Superior)[2] y (iii) que se abran las puertas para desconocer el derecho al debido proceso de las partes en contienda, mediante el desplazamiento de la garantía reforzada en qué consisten los procedimientos ordinarios ante la subversión del juez natural (juez especializado) y la transformación de los procesos ordinarios que son por regla general procesos de conocimiento (no sumarios)'[3]"…".

A su turno, la H. Corte Suprema de Justicia – a la luz del principio de subsidiariedad y los actos administrativos – ha discurrido que

"…La Ley 1437 de 2011, introdujo cambios significativos al procedimiento administrativo que, según la jurisprudencia constitucional, resultan relevantes para el examen de subsidiariedad de la acción de tutela contra actos administrativos. Así, una de las modificaciones más importantes es la relativa a las medidas cautelares. El artículo 230 establece que las mismas pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión. Con fundamento en

[1] Sentencias T-255 y T-1017 de 2007

[2] Sentencia T-249 de 2002

[3] Sentencia C-514 de 2003

ello, el juez puede adoptar, según las necesidades lo requieran, una o varias de las siguientes medidas: (i) mantener una situación o restablecerla al estado en que se encontraba antes de la conducta que causó la vulneración o la amenaza; (ii) suspender un procedimiento o una actuación de cualquier naturaleza, incluso contractual; (iii) suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo; (iv) ordenar la adopción de una decisión por parte de la administración o la realización o demolición de una obra; y (v) impartir órdenes o imponer obligaciones de hacer o no hacer a cualquiera de las partes en el proceso correspondiente. La suspensión provisional procede por la violación a las normas invocadas en la demanda o en la solicitud que en escrito separado se formule, siempre y cuando la infracción surja del análisis del acto administrativo que se demanda y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas aportadas con la solicitud. La oportunidad para decretar las medidas cautelares tiene una regulación particular, dependiendo de que se traten de medidas ordinarias o de urgencia. Respecto de las primeras, se dispone que puedan ser adoptadas antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso. Frente a las medidas cautelares de urgencia, el Código prevé que desde el momento en que se presente una solicitud en ese sentido y sin necesidad de notificar previamente a la otra parte, la autoridad judicial puede adoptar una medida cautelar cuando verificadas las condiciones generales previstas para su adopción, evidencia que por la urgencia que se presente no puede agotarse el trámite previsto…”[4]

Y respecto al concurso público de méritos en los cargos de carrera administrativa la H. Corte Constitucional ha referido que

“…El artículo 125 de la Constitución establece el mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración y que consiste en los términos de la jurisprudencia de esta Corporación, en que el Estado pueda “contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública”[5]. Igualmente, el mismo precepto establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público. En los términos de este artículo: “Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público…(…)…Dentro de este contexto, la convocatoria es, entonces, “la norma reguladora

[4] Sentencia de septiembre 11 de 2018, Rad. 100095

[5] Sentencia SU-086 de 1999

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 que son obligatorias para todos, entiéndase administración y administrados-concursantes. Por tanto, como en ella se delinean los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento. La Corte Constitucional ha considerado, entonces, 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 autovinculación 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"[6]

Entonces, la regla general consiste en que debe privilegiarse el concurso público de méritos en los cargos de carrera administrativa y de existir controversia en su aplicación puede acudirse a la jurisdicción contenciosa administrativa para dilucidarla.

3.3. A pesar de lo antedicho, en el presente evento se plantea la aplicación del principio de retrospectividad de la Ley 1960 de 2019, sobre lo cual se ha precisado que

"…se ha aceptado la posibilidad de una tercera modalidad de aplicación temporal de las normas, la cual, si bien no encuentra desarrollo ni consagración normativa expresa, ha sido empleada especialmente por la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, esta es, la retrospectividad[7]. En relación con esta figura, se ha indicado que ella consiste en la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva. En este sentido, ha sido unánimemente aceptado por la

[6] Sentencia T-147/13

[7] Sentencias T-110 de 2011 y C-258 de 2013

jurisprudencia de todas las Altas Cortes que si bien en principio las normas jurídicas solo tienen aplicabilidad a situaciones que tuvieron lugar con posterioridad a su vigencia, ello no presenta impedimento alguno para que, en los casos en los que la situación jurídica no se ha consolidado o, sus efectos siguen surtiéndose, una nueva norma pueda entrar a regular y a modificar situaciones surtidas con anterioridad a su vigencia…" [8]

En igual sentido señaló que

"…, el fenómeno de la *retrospectividad* de las normas de derecho se presenta, como ya se anticipó, cuando las mismas se aplican a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una *norma anterior*, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la *nueva disposición*. Este instrumento ha sido concebido por la jurisprudencia nacional como un límite a la retroactividad, asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y a la superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del valor justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en nuestra sociedad…"

Y prosiguió diciendo que

"…De las sentencias estudiadas se extrae, en conclusión, que (i) por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; (ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene *prima facie* la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; (iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica y; (iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en cuanto el propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados. …"[9]

[8] Sentencia T-564 de 2015

[9] Sentencia T-110 de 2011

3.4. En cuanto a la Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo sostuvo que

"…El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, como se mencionó con anterioridad, con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas "vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad". Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación. Como se aprecia, el cambio incluido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, comporta una variación en las reglas de los concursos de méritos, particularmente en relación con la utilización de las listas de elegibles. Así, la normativa anterior y la jurisprudencia de esta Corporación sobre el tema, partían de la premisa de que la norma establecía que las listas de elegibles únicamente podrían usarse para los cargos convocados y no otros, a pesar de que con posterioridad a la convocatoria se generaran nuevas vacantes definitivas. Con ocasión de la referida modificación, esta Sala deberá definir la aplicación en el tiempo de dicha norma, comoquiera que, su uso, en el caso concreto, *prima facie*, proveería un resultado distinto de aquel que podía darse antes de su expedición, no solo debido al cambio normativo, sino también a la consecuente inaplicabilidad del precedente señalado de la Corte respecto del uso de la lista de elegibles, ya que la normativa en la cual se insertaron esos pronunciamientos varió sustancialmente… ….Uno de los argumentos que explican la validez de la referida norma es que con ella se logran los principios de la función pública, particularmente los de economía, eficiencia y eficacia, en tanto permite hacer más eficiente el uso del talento humano y de los recursos públicos, ambos escasos para el caso de la Defensoría del Pueblo. Es innegable que la obligación de uso de listas de elegibles vigentes para proveer cargos de igual denominación pero no convocados, en el contexto expuesto, busca garantizar el mérito como criterio exclusivo de acceso a cargos públicos, ya que únicamente se podrá nombrar en las vacantes a las personas que hayan superado todas las etapas de la convocatoria y, además, sean los siguientes en orden de la lista, después de haberse nombrado a las personas que ocuparon los primeros lugares para proveer los cargos ofertados. Adicionalmente, ello permite un uso eficiente de los recursos públicos y del recurso humano, con lo cual se garantiza la plena vigencia los principios que rigen la función administrativa……3.6.3. Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta

regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma, por lo que se deberá definir si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley…" – Subrayas fuera de texto

Seguidamente indicó que

"…Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso *sub-judice*. El último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la **retrospectividad**, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, *"pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva"*[10]. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia……Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas. … la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles "se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer"[11]. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen **un derecho subjetivo** y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004……**Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las**

[10] Sentencia T-564 de 2015

[11] Sentencia SU-913 de 2009

entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues *el ICBF* y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso……Por último, se aclara que en este caso no se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto de los potenciales aspirantes que podrían presentarse a los concursos públicos de méritos para acceder a los cargos que ahora serán provistos con las listas de elegibles vigentes en aplicación de la nueva ley. En efecto, tanto la situación de quienes tienen derechos adquiridos como de quienes aún no han consolidado derecho alguno, están reservadas para las personas que conformaron las listas de elegibles vigentes al momento de expedición de la ley, de manera que el resto de la sociedad está sujeta a los cambios que pueda introducir la ley en cualquier tiempo, por cuanto, en esas personas indeterminadas no existe una situación jurídica consolidada ni en curso……3.6.4. Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para el uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que *"las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019,* ***deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad*** *y que correspondan a los* ***"mismos empleos",*** *entiéndase con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."*[12]……3.6.5. **En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes**

[12] Énfasis por fuera del texto original, Consultado en: https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos.

ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente… [13] - Subrayas y negrilla fuera de texto

3.5. Resulta evidente que concurre una situación que amerita la intervención excepcional del juez constitucional, dado que está próxima a vencerse la vigencia de la lista de elegibles conformada por la CNSC mediante la Resolución 20182120138255 del 17 de octubre de 2018 – noviembre 6 – y - según la modificación introducida en el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019 -, procede cubrir las vacante definitivas de “los mismos empleos” no convocados que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en dicha entidad.

En el caso concreto se observa lo siguiente:

3.5.1. La actora se inscribió en la Convocatoria N° 436 de 2017 para el empleo de Profesional Grado 8 OPEC 57608; a través de la Resolución 20182120138255 del 17 de octubre de 2018 la CNSC conformó la lista de elegibles que cobró firmeza el siguiente 6 de noviembre; aunque inicialmente ocupó la posición 4, en la actualidad ocupa la posición 1º, dado que los dos primeros aspirantes no aceptaron, el tercero se posesionó y superó el período de prueba; y el artículo 58 del Acuerdo N° CNSC - 20171000000116 del 24 de julio de 2017 dispuso la recomposición automática de las listas de elegibles.

3.5.2. La demandante indicó que aplica el fenómeno de la retrospectividad de la ley en cuanto al uso de la lista de elegibles – Ley 1960 de 2019 –, a la par que el SENA reconoció que existen tres (3) vacantes definitivas similares o equivalentes al empleo para el cual concursó, correspondientes a Profesional Grado 8, así: (i) OPEC 118945 - Dirección General - Dirección Jurídica -

[13] Sentencia T- 340 de 2020

Profesional (SENA), (ii) OPEC 118578 - Huila - Centro de Gestión Dllo Sostenible Surcolombiano - Profesional (SENA) y (iii) OPEC 130310 - Cundinamarca - Despacho Dirección - Profesional; en consecuencia, el SENA solicitó autorización a la CNSC para usar las listas de elegibles en vacantes no reportadas en la Convocatoria 436 de 2017 el pasado 24 de marzo con radicado N° 20203200436562 y el siguiente 30 de abril con radicado N° 20203200520132; entonces, la OPEC 57608 podría utilizarse para ocupar una de dichas vacantes, al tratarse de empleos iguales, con funciones, requisitos y asignación iguales – acorde con el Manual de Funciones –.

3.5.3. El pasado 17 de mayo solicitó al SENA usar la lista de elegibles en que se encuentra en el primer puesto para su nombramiento – Radicados N° 7-2020-080337 y N° 7-2020-080755 –; sin embargo, el siguiente 23 de junio le informaron que no existía una vacante (desprovista, en provisionalidad o en encargo) que corresponda al empleo OPEC N° 57608.

3.5.4. Un asesor jurídico de la CNSC expuso que el amparo deprecado se tornaba improcedente, dado que la demandante (i) dispone de los medios de control – nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho – para controvertir los resultados del concurso, (ii) no demostró un perjuicio irremediable, (iii) en virtud de la Resolución N° 20182120138255 del 17 de octubre de 2019 (sic) se conformó la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo N° 57608, denominado Profesional Grado 8 de la Convocatoria N° 436 de 2017 – SENA, ocupando la posición 4 y careciendo de mérito para ser nombrada; a la par, las listas de elegibles “en estricto orden de mérito cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso”, no otras - numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 -; a su turno, las listas de elegibles derivadas de la Convocatoria N° 436 de 2017 fueron aprobadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, pudiendo solo utilizarse para proveer vacantes de los empleos ofertados en el mencionado proceso de selección, o para cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos" - con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito,

funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes - o vacantes en cargos de empleos equivalentes de la respectiva Convocatoria.

3.5.5. El Coordinador del Grupo de Relaciones Laborales de la Secretaría General del SENA expuso que la CNSC abrió la Convocatoria 436 de 2017 con el Acuerdo N° 20171000000116 del 24 de julio de 2017, donde se establecieron las reglas del concurso; el 17 de octubre de 2018 - con la Resolución N° 20182120138255 - la CNSC conformó la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo de carrera identificado con OPEC N° 57602, denominado Profesional Grado 8, con vigencia de dos años – artículos 58 del Acuerdo 20171000000116 de 2017 y artículo 31 numeral 4° de la Ley 909 de 2004 –; en firme dicha lista de elegibles el nominador debía efectuar el nombramiento en período de prueba, en estricto orden de mérito.

3.5.6. El 16 de enero de 2020 la CNSC unificó su criterio y aclaró sobre (i) el uso de listas de elegibles en los “mismos empleos” y (ii) el uso de listas de elegibles en “empleos equivalentes”.

3.5.7. Indicó que la actora contaba con otros mecanismos de defensa judicial contra los actos administrativos emitidos por el SENA o la CNSC – medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa –, pudiendo solicitar su suspensión como medida cautelar, aparte que no se pidió una protección transitoria, ni demostró con prueba alguna que se le causa un perjuicio de carácter irremediable.

3.5.8. La accionante se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 para participar en el empleo de carrera identificado con código OPEC 57608, denominado Profesional Grado 8, para proveer una vacante en Soacha; ocupó la posición N° 4 en la lista de elegibles, se nombró al primero de la lista y la Convocatoria 436 de 2017 se adelantó antes de la expedición de la Ley 1960 de 2019 que permite usar las listas de elegibles en los “mismos empleos”.

3.5.9. La CNSC es la encargada del análisis funcional de los empleos con las vacantes existentes y la autorización del uso de listas, acorde con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 909 de 2004; el SENA efectuó el reporte de vacantes definitivas existentes en la planta de personal a la CNSC, entidad que debe aprobar el uso de las listas de elegibles conformadas en la Convocatoria 436 de 2017 para los "mismos empleos" con las características establecidas en el criterio unificado y que se encuentren vigentes, sin que existan vacantes de Profesional Grado 8 en Soacha pertenecientes al proceso de Gestión del Talento Humano que cumplan el requisito del criterio unificado para vincular a la accionante.

3.5.10. Lo antedicho significa que las demandadas están vulnerando el derecho al debido proceso y el acceso a cargos públicos de la accionante, dado que en la Resolución 20182120138255 del 17 de octubre de 2018 ocupó la posición N° 4, pero por la recomposición automática de las listas de elegibles contemplada en el Artículo 57 del Acuerdo N° CNSC – 20171000000116 del 24 de julio de 2017, ocupa actualmente la posición 1 - según lo informado en el escrito de tutela y no cuestionado -, lista de elegibles que se encuentra vigente; adicionalmente, conforme a lo informado existen tres (3) vacantes definitivas en el empleo de Profesional Grado 8 que no fueron ofertadas en la Convocatoria 436 de 2017, correspondientes a las OPEC 118945, 118578 y 130310; en consecuencia, es procedente aplicar lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, al tratarse de vacantes definitivas no convocadas que surgieron luego de dicha convocatoria, debiéndose verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos para el empleo – artículo 11 de la Ley 909 de 2004 –, tal como lo dispuso la a quo.

Corolario de lo anterior, al no prosperar la censura, se ratificará el fallo impugnado, pero – acorde con lo decantado – se modificarán los numerales segundo y quinto de la parte resolutiva, en el entendido que la orden impartida será cumplida por la Comisión Nacional del Servicio Civil – conforme a sus competencias -, sin que sea necesario ordenar la suspensión de la

prescripción de la lista de elegibles conformada mediante la Resolución N° 20182120138255 del 17 de octubre de 2018, respecto de la OPEC 57608 próxima a vencerse, dado que – de eventualmente establecerse la compatibilidad con las OPEP 118945, 118578 y 130310 - ya se dispuso en el numeral cuarto del aludido proveído.

Por lo expuesto, el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala de Decisión Penal – En tutela –, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO. - CONFIRMAR el fallo de fecha, naturaleza y origen reseñados, mediante el cual la Juez Sexto Penal del Circuito de Bucaramanga concedió el amparo deprecado por la señora ANYELA MARÍA FERRO ZANGUÑA, con la **MODIFICACIÓN** consistente en que la orden impartida en los numerales segundo y quinto debe ser ejecutada por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - acorde con sus competencias -.

SEGUNDO. - ORDENAR remitir las diligencias a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

El secretario de la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Bucaramanga debe atender lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-115819 del pasado 27 de junio, expedido por la Presidencia del H. Consejo Superior de la Judicatura.

Aprobado en acta virtual N° 827 DE LA FECHA

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. –

Los Magistrados,

JUAN CARLOS DIETTES LUNA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA
SALA PENAL

LUIS JAIME GONZÁLEZ ARDILA

GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

ORLANDO PÉREZ AGUILAR
Secretario

Tutela de 2ª instancia – Confirma con modificación –
A/ Anyela María Ferro Zanguña
C/ CNSC y otro
Juez 6º Penal del Circuito de Bucaramanga

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
Mag. Ponente. SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR

Bucaramanga, trece (13) de Octubre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

Expediente No.	**680013333007-2020-00114-01**
Accionante:	**ESTEFANÍA LÓPEZ ESPINOSA,** con cédula de ciudadanía No. 63534120
Correo electrónico:	estafanialopeze@gmail.com
Accionados:	**SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA;** **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC.**
Correo electrónico:	secretariageneral@sena.edu.co notificacionesjudiciales@cnsc.gov.co
Acción:	**Tutela**
Tema:	Procedencia de la acción de tutela cuando se endilga la vulneración del derecho al debido proceso administrativo, “aun cuando existan otros medios de defensa ordinarios para debatir el asunto, pues la violación de este derecho fundamental delimita la frontera entre el ejercicio de una potestad legal y una actuación arbitraria y caprichosa”. (Corte Constitucional, sentencia T-1082 de 2912) Uso de listas de elegibles anteriores a la entrada en vigor de la Ley 1960 de 2019, para proveer vacancias definitivas que se estructuran en la actualidad. Efectos del criterio unificado del 16 de enero de 2020 de la CNSC.

Decide la Sala **la impugnación** interpuesta por la accionante, señora López Espinosa, contra la **sentencia proferida por el señor juez Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga**, Santander, que **resuelve declarar improcedente** el amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante, entre los que se incluye el debido proceso administrativo.

I. LA DEMANDA
Pretensiones y hechos

En síntesis, la accionante, pretende el amparo de los derechos fundamentales **al debido proceso, igualdad, petición y acceso al empleo público tras concurso de mérito** (convocatoria 436 de 2017) y para tal efecto, "se ordene a las entidades accionadas que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, realicen los trámites administrativos pertinentes para dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20171000000116 del 24-07-2017, respecto al cargo de Profesional (Sena) Grado 6 Código (no aplica) en uno de los empleos que se encuentran en provisionalidad, encargo o vacancia definitiva, teniendo en cuenta que el mismo fue convocado a concurso y la lista se encuentra vigente.
Se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil, que oferte los empleos del precitado cargo en la oferta pública de empleos, con el fin de que quienes hacen parte de las listas, opten por una de ellas, que proceda a elaborar la lista de elegibles y debidamente notificado este acto y en firme, lo remita al SENA.

Si es el caso se convoque a una audiencia de escogencia de las plazas vacantes. Se ordene al SENA que, una vez recibida la lista de elegibles de la CNSC, proceda a efectuar el nombramiento de la aquí accionante según el orden que corresponda en una de las vacantes declaradas desiertas o que hayan quedado vacantes, o empleos cubiertos en provisionalidad o por encargo con posterioridad a la conformación de la lista. (…). Que se inaplique por inconstitucional el "criterio unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019" emanado de la Comisión Nacional del Servicio Civil el 16 de enero de 2020".

Como fundamento de sus pretensiones, afirma en síntesis la accionante, que:

1. Se inscribió a la Convocatoria No. 436 de 2017 – SENA, realizada por la CNSC para el empleo de PROFESIONAL (SENA) Código (no aplica), Grado 6, de la OPEC 57604, para el SENA, logrando ocupar el quinto lugar, ahora el cuarto lugar por la recomposición automática de las listas.
2. El 10.01.2019 radicó petición ante la dirección del SENA, así: **Petición Principa**l: Considerando que mediante Decreto 552 del 30.03.2017 se modificó

la planta de personal del SENA, creando 528 nuevos cargos a nivel Nacional y algunos de estos en la Regional Santander, con el mismo perfil, grado, denominación y nivel profesional que para el cargo que concursé en Convocatoria No.436 de 2017, solicita ser nombrada en periodo de prueba y que proceda utilizar la Lista de Elegibles en estricto orden descendiente, para proveer las vacantes que existen en el mismo empleo o en otros iguales y respecto de los cuales se exijan los mismos requisitos conformada a través del Acto Administrativo con vigencia de dos años conforme a lo establecido en el artículo 58 del Acuerdo No.20161000001296 de 2016, en concordancia con lo estipulado por el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004. **Otras peticiones: 1.** Se informe si a la fecha el cargo para el cual concursó mediante la convocatoria 436 de 2017 se encuentra vacante y de ser así, mencionar cuál persona de la lista de elegibles va a ser nombrada en este cargo o si el ente nominador puede nombrarla y tomar posesión en periodo de prueba. **2.** Que proceda el Sena a su nombramiento y posesión, en razón al número de vacantes de carrera administrativa disponibles y creados mediante el Decreto 552 de 2017 y Resolución No.964 de 2017. **3.** Informar cuántos cargos fueron creados en la Regional Santander con posterioridad al concurso de la convocatoria 436 de 2017.

3. Dando alcance a su petición el SENA la resuelve así: 3.1. A la fecha el cargo para el que concursó identificado con la OPEC 57604 ya fue provisto mediante Resolución 4721 del 18-12-2018 y posesión del 17-10-2019; **3.2.** No es posible atender la solicitud toda vez que la Convocatoria estableció las vacantes correspondientes y las identificó con un número en específico (OPEC) habiendo aplicado a la No.57604 en la que se estableció una vacante, ubicándose en el 5o lugar en la lista de elegibles; **3.3.** Actualmente existe en la planta de personal del SENA Regional Santander un total de once (11) cargos de profesional Gr.06 todos de Carrera Administrativa. A la fecha no es posible identificar cuántos cargos se encuentran en provisionalidad y/o temporales. Ya que se están surtiendo nombramientos y posesiones con los cuales se terminaron algunos nombramientos provisionales y/o temporales; **3.4.** No han sido creados nuevos cargos con posterioridad a la convocatoria 436 de 2017.

4. El 03.04.2020 realiza segunda petición de información al SENA, solicitando la siguiente información: **4.1.** número de cargos con las mismas funciones dentro de la planta de personal del SENA, **4.2.** Detallar la manera como se encuentran provistos, cuantos de los cargos se encuentran en vacancia definitiva y cuántos en vacancia temporal y razón de ésta. **4.3.** Número de los cargos con similares

funciones dentro de la planta de personal SENA. **4.4.** Detallar a. Regional donde se encuentra ubicado el cargo, b. La manera como se encuentran provistos ya sea en carrera administrativa, en provisionalidad y/ó libre nombramiento y remoción o en cualquier otra modalidad de vinculación; c. Cuántos de los cargos se encuentran en vacancia definitiva, d. Cuántos en vacancia temporal y razón de la temporalidad.

5. En respuesta de lo anterior el SENA, informa los cargos existentes en la planta de personal de la entidad, reiterando la negativa respecto de su nombramiento, pues respecto del cargo al cual concursó no se encuentra vacante alguna.

6. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante Decreto 552 del treinta (30) de marzo de dos mil diecisiete (2017) creó 528 cargos de Profesional Grado 06 en la planta de personal del SENA, circunstancia que permite el trámite de su nombramiento por ser parte de la lista de elegibles de la Convocatoria 436 de 2017, la cual se encuentra vigente; sin embargo, explica que como la CNSC expidió el Criterio Unificado CNSC del dieciséis (16) de enero de dos mil veinte (2020) “Uso de Lista de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”, mediante el cual se establece el criterio de interpretación según el cual los efectos del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 no aplican para las listas de elegibles que se encuentran en firme con anterioridad a la vigencia de la citada ley, criterio que le ha impedido se le nombre en el cargo solicitado, pese a la existencia de precedentes judiciales que han concedido las pretensiones como las que aquí se discuten.

7. Por último, agrega que tiene a su cargo el cuidado y manutención de su madre, quien es una persona adulta mayor.

II. INFORME DE LAS ACCIONADAS

A. **La Comisión Nacional del Servicio Civil,** por intermedio de su asesor jurídico, solicita se declare la improcedencia del amparo constitucional por “hecho superado” toda vez que, alega no existe vulneración alguna de los derechos fundamentales invocados por la accionante, porque:

i) No se satisface el requisito de subsidiariedad: Señala que, la inconformidad de la accionante frente a la conformación de la lista de

elegibles que se encuentran contenidos dentro de los acuerdos reglamentarios del concurso no es excepcional, y que, por el contrario, cuenta con un mecanismo de defensa idóneo, razón por la cual, la acción de tutela no es la vía judicial para cuestionar la legalidad de actos administrativos.

ii) El estado de la accionante en el concurso No. 436 de 2017: La accionante se inscribió al empleo Profesional, Grado 6, OPEC3 No.57604 y agotadas las fases del concurso ocupó la posición No. 5, en la lista de elegibles conformada mediante la resolución No. CNSC–20182120138235 del 17 de octubre de 2018, para proveer una (1) vacante, la cual fue provista por la persona que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, razón por la cual, no es posible realizar el nombramiento que solicita, al no ocupar una posición meritoria en cuanto al número de vacantes ofertadas en el empleo. Agrega que no es de su competencia lo relacionado con nombramientos y posesiones de la planta de personal en las entidades.

iii) El uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019: Informa que la CNSC en acatamiento a las disposiciones contenidas en la Ley 1960 de 2019 que modifica la Ley 909 de 2004, expidió el criterio unificado de uso de listas de elegibles, estableciendo que las listas de elegibles conformadas por la CNSC, y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los «mismos empleos», siendo este último criterio entendido como empleos de igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, requisitos de estudio y experiencia, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes.

v) De los mismos empleos y los empleos equivalentes: expone que para determinar si un empleo es “equivalente” a otro se deberá realizar la similitud de funciones, de requisitos de estudio, experiencias y competencias laborales, así como el nivel jerárquico y grado salarial entre otros, para finalmente analizar y determinar la similitud de funciones, proceso que requiere de un análisis técnico detallado para terminar el contenido temático de las mismas, por lo que, la acción de tutela no es la vía judicial para establecerlo.

iv) Procedencia del uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019: i) quien ocupó el primer lugar no aceptó, no se pronunció o habiendo sido posesionado, renunció al empleo; **ii)** cuando se presente renuncia o se declare la vacancia definitiva, superado el periodo de prueba, o cuando la entidad crea nuevos cargos durante la vigencia de la lista de elegibles, teniendo en cuenta que los cargos ostenten la identidad establecida anteriormente al cargo ofertado en la OPEC. En tal sentido, explica que como el SENA no ha reportado alguno de los criterios citados respecto a las vacantes con identidad de características al que la accionante pide se le aplique, no hay lugar al uso de listas.

v) Improcedencia en la aplicación de la Ley 1960 de 2019 de manera retrospectiva: Explica que, para el caso particular de la accionante, su situación ya se encuentra consolidada, pues se conformó la lista de elegibles para el empleo identificado con el código OPEC 57604, por lo que no es susceptible de modificación por el tránsito de normatividad, quedando claro que la aspirante concursó para la provisión de una (1) vacante, hoy provista por quien ocupó la posición meritoria en la lista de elegibles.

Por último, refiere que revisado el Sistema de Apoyo para la Igualdad del Mérito y la Oportunidad- SIMO-., constató que el SENA no ha reportado en la OPEC vacante adicional a la ofertada en el marco de la convocatoria 436 de 2017, que cumplan con el criterio de los mismos empleos. Así mismo, que la accionante se encuentra sujeta no solo a la vigencia de la lista, si no al tránsito habitual de la misma, cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que puedan ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.

B. El Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA, solicita negar por improcedente las pretensiones de la acción de tutela, comoquiera que las obligaciones de la entidad frente al mérito y nombramientos en periodo de prueba de las personas que superaron el proceso de selección realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil a través de la Convocatoria Nro. 436 del 2017, fueron adelantadas de manera exitosa.

Expone el procedimiento adelantado para la provisión de empleos de carrera, haciendo notar que conformada la lista de elegibles para el empleo OPEC de la referencia, mediante resolución debidamente motivada, realizó en estricto orden de mérito el nombramiento en período de prueba en el empleo objeto de concurso.

Finalmente, señala que las listas de elegibles conformadas para los empleos de carrera administrativa, una vez culminado el proceso de selección, pueden ser utilizadas para proveer aquellas vacantes que se generen en los empleos inicialmente convocados durante su vigencia, y que, existiendo vacantes en la entidad, en aplicación de la Circular Nro. 001 del 21 de febrero de 2020 expedida por la CNSC, solicitó ante esta, la autorización del uso de la lista de elegibles, sin que a la fecha se haya dado una respuesta.

III. LA SENTENCIA IMPUGNADA

Como ya se dijo, es proferida el 28/08/2020 por el señor Juez Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga, Santander, en la que resuelve **declarar improcedente la acción de tutela**, dada la existencia de mecanismos de defensa judicial ordinarios idóneos y eficaces para controvertir las condiciones de nombramiento y uso de lista de elegibles adoptadas con ocasión a los concursos de méritos adelantados por las entidades.

Así, señala que en el caso de la señora Estefanía López Espinosa no se discute la posibilidad de acceder al servicio público a través de una determinada posición ocupada en la lista de elegibles, sino que se trata de la interpretación en la aplicación de los efectos de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, respecto a la provisión de empleos con base en lista de elegible conformada mediante Resolución 20182120138235 de 17 de octubre de 2018, reprochándose entonces el acto administrativo de contenido particular y concreto como aquellos pronunciamientos cuyo contenido puede corresponderse con el de actos administrativos de carácter general.

Concluye que como la CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública, han expresado la interpretación de los efectos de la Ley 1960 de 2019, a través de la expedición del Criterio Unificado de 16 de enero de 2020 - cuyo

contenido de igual manera reprocha la accionante - y de la Circular Conjunta 20191000000117 de 29 de julio de 2019, respectivamente; las cuales son coincidentes en señalar que "las listas de elegibles conformadas por la CNJSC y aquéllas qua sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos qua integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de Ia respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos' entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC", es por ello que le corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa definir, a través de los medios de control idóneos frente a los actos administrativos pertinentes, la interpretación que más se adecúe a los preceptos que el ordenamiento jurídico contempla en materia de vigencia y aplicación de la ley.

IV. LA IMPUGNACIÓN

La señora Estefanía López Espinosa, centra su inconformidad con el fallo reseñado, en los siguientes argumentos:

i) La acción de tutela es procedente en asuntos derivados de los concursos de méritos: Sostiene que la Corte Constitucional, ha realizado múltiples pronunciamientos defendiendo la procedencia de la acción constitucional pese a la existencia de los medios de control de legalidad de actos administrativos previstos en la Ley 1437 de 2011, considerando que estos mecanismos ordinarios no resultan idóneos o eficaces para proteger los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos a través de concurso de méritos; tesis que considera le es aplicable a su caso, pues como miembro de lista de elegibles de la Convocatoria 436 de 2017 al empleo profesional grado 6 para el SENA Regional Santander, y al haber dado respuesta la entidad señalando la existencia de vacantes del referido empleo sin especificar su número, como los creados con el Decreto 522 de 2017 y resolución No 964 de junio 14 de 2017, actos expedidos con anterioridad al concurso de méritos, ello permite concluir que en la actualidad existen vacantes para el referido empleo en la regional Santander, pues

además se han creado cargos con posterioridad a la convocatoria, a los cuales, puede acceder por ser miembro de la referida lista de elegibles.

ii) Se debe dar aplicación a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019: La cual establece que se tendrá en cuenta las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados que surjan con posterioridad a las convocatorias efectuadas en concursos de méritos de la misma entidad; y que como en su caso, se encuentra acreditado la creación de otros cargos con similares condiciones al empleo al que concursó y del cual hace parte en la lista de elegibles, es procedente su nombramiento.

Cita como un caso análogo el decidido por el Tribunal Administrativo de Valle con Radicación N°76 001 33 33 021 2019 00234 01, en la que se dio aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 para aquellas personas que hacen parte de una lista de elegibles al momento de la entrada en vigor de la ley mencionada, tesis que ha sido respaldada en plurales decisiones adoptadas por los jueces y magistrados en sede de tutela en el país.

V. CONSIDERACIONES

A. Acerca de la competencia

Recae en esta Corporación, según lo previsto en el art. 1° del Decreto 1382 de 2000 y el art. 37 del Decreto 2591 de 1991. De otra parte, el recurso fue interpuesto oportunamente por la parte accionante.

B. De la procedencia de la acción de tutela en el en el marco de concursos de mérito para cargos públicos

De la reseña que antecede, se tiene, en síntesis, que la aquí accionante, busca el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, petición y acceso al empleo público, que dice, se encuentran amenazados por la negativa de las accionadas de no autorizar el uso de la lista de elegibles que integra para proveer los cargos de PROFESIONAL (SENA) Código (no aplica), Grado 6, de la OPEC 57604 en el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA y que se encuentren en vacancia definitiva o no convocados, en el área, en los cargos con similitud funcional, particularmente, de conformidad con lo previsto por la Ley 1960 de 2019. **En consecuencia,** solicita se ordene a la CNSC que oferte los empleos del precitado cargo en la oferta pública de empleos, con el fin de que

quienes hacen parte de las listas vigentes, opten por uno de ellos, que de igual manera, proceda a elaborar la lista de elegibles y debidamente notificado este acto y en firme, lo remita al SENA, para que éste, con su nombre en la lista de elegibles correspondiente al cargo para el cual concursó, la nombre en periodo de prueba en uno de los empleos que se encuentren en provisionalidad, encargo o vacancia definitiva, teniendo en cuenta que el mismo fue convocado a concurso y la lista se encuentra vigente.

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que, la tutela se torna improcedente como mecanismo principal para cuestionar decisiones de nombramientos y uso de listas de elegibles ya consolidadas, la Sala se circunscribe a determinar si:

PJ1: ¿Es procedente la acción de tutela, pese a la existencia de otros mecanismos judiciales, para la protección del derecho fundamental al debido proceso administrativo?

Tesis: Sí

Fundamento Jurídico: La H. Corte Constitucional ha sostenido en reiterados pronunciamientos, que cuando se endilga la vulneración del derecho al debido proceso administrativo, la tutela es procedente, aun cuando existan otros medios de defensa ordinarios para debatir el asunto, pues la violación de este derecho fundamental delimita la frontera entre el ejercicio de una potestad legal y una actuación arbitraria y caprichosa. Al respecto se ha indicado *"…La garantía fundamental del debido proceso se aplica a toda actuación administrativa desde la etapa de inicio del respectivo procedimiento hasta su terminación, y su contenido debe asegurarse a todos los sujetos. En este sentido, la actuación de las autoridades administrativas debe desarrollarse bajo la observancia del principio de legalidad, marco dentro del cual pueden ejercer sus atribuciones con la certeza de que sus actos podrán producir efectos jurídicos. De esta manera, se delimita la frontera entre el ejercicio de una potestad legal y una actuación arbitraria y caprichosa."*[1]

De esta manera, concluye la Sala que la acción de tutela es procedente en el caso que nos ocupa de manera excepcional, pues aun cuando existen medios de defensa ordinarios para debatir las decisiones de la administración tendientes al uso de listas de elegibles vigentes para proveer el cargo en el que aspira la accionante ser nombrada, atendiendo a que se debate la violación del derecho al debido proceso administrativo, se da paso al estudio de la impugnación con el fin

[1] Corte Constitucional, sentencia T-1082 de 2012.

de establecer si los derechos fundamentales endilgados en la demanda están siendo vulnerados.

Expuesto lo anterior, el problema jurídico se circunscribe a determinar lo siguiente:

PJ2. ¿Vulneran las entidades accionadas los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, la igualdad, al trabajo y al acceso y ejercicio de cargos públicos, al no realizar los trámites correspondientes para las conformación de las listas de elegibles tendientes a proveer nuevas vacantes en la planta de personal del SENA -atendiendo a que fueron creados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1960 de 2019-, con el análisis de la inclusión de aquellas listas vigentes de convocatorias anteriores que pudieran tener equivalencias, como es el caso de la OPEC 57604?

Tesis: Sí.

Fundamento Jurídico: Análisis de las pruebas de cara a los supuestos de hecho de la Ley 1960 de 2019 y el criterio unificado del 16 de enero de 2020 de la CNSC.

La Ley 1960 de 2019[2], en su Art. 6 establece que con las listas de elegibles que se conformen de los concursos de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y aquellas definitivas en cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso, así:

> "Artículo 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:
> "Artículo 31. El proceso de selección comprende:
> "1. (…)
> "2 (…)
> "3 (…)
> "4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. **Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad**".

El artículo 7 de la citada norma, dispone que su aplicación rige a partir de su publicación, esto es, el 27 de junio de 2019. **No obstante,** frente a ello, la CNSC

---

[2] "Por la cual se modifican la ley 909 de 2004, el decreto ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones"

señaló en el Criterio Unificado "Uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019" complementado el 16 de enero de 2020, que: *"De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y* ***aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva Convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos";*** *entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."*

Al respecto, la H. Corte Constitucional en sentencia T- 340 de 2020, al resolver un caso análogo y haciendo referencia al criterio unificado citado, estableció: "*con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que,* ***para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente."*** (Negrillas fuera del texto original)

Para dar alcance al mencionado criterio unificado, la CNSC expidió la circular externa No. 0001 del 21 de febrero de 2020, por medio de la cual impartió lineamientos a las entidades para el reporte de nuevas vacantes que correspondan a mismos empleos, respecto de los cuales existen listas vigentes conformadas con anterioridad.

En el caso que nos ocupa, encuentra la Sala que la accionante se inscribió a la Convocatoria No. 436 de 2017 de la Comisión Nacional Del Servicio Civil – CNSC - dentro del proceso de selección para proveer el cargo de PROFESIONAL (SENA) Código (no aplica), Grado 6, de la OPEC 57604 en el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, aprobando todas las etapas del concurso y por ende, se ubicó en la lista de elegibles, ocupando en la actualidad

el cuarto puesto, como se extrae del expediente digital. Dicha lista en la actualidad se encuentra en firme y, vigente de acuerdo con lo establecido en el artículo sexto de la Resolución No. CNSC - 20182120138235 DEL 17-10-2018[3]. Por su parte, no obra dentro del expediente prueba tendiente a demostrar qué trámite surtieron las accionadas en acatamiento de las disposiciones proferidas con ocasión del cambio normativo, como los lineamientos que contempla la circular externa No. 0001 de 2020 y el uso de las listas de elegibles ya existentes.

De esta manera, considera la Sala que en el caso que nos ocupa las entidades accionadas vulneran los derechos fundamentales de la accionante, pues no se prueba dentro del expediente que hayan agotado los trámites correspondientes para incluir en las listas de elegibles actuales y tendientes a proveer los nuevos cargos vacantes del SENA, aquellas listas vigentes y consolidadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1960 de 2019 y conformadas respecto de los mismos empleos, entiéndase con las mismas características descritas por la CNSC en el tantas veces citado criterio unificado.

Por lo anterior, se revocará la sentencia de primera instancia para en su lugar acceder al amparo constitucional. En consecuencia, se impartirán las siguientes ordenes:

1. A la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, dentro del marco de sus competencias y dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencias de los empleos vacantes no convocados o nuevos empleos surgidos con posterioridad a la convocatoria de la OPEC 57604 y los que allí se contienen.
2. Cumplido lo anterior y, de ser procedente, dentro del marco de sus competencias, en el término de cinco (5) días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, previo al estudio de cumplimiento de requisitos mínimos, que efectúen la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que

[3] "Por la cual se conforma la Lista de Elegibles para proveer una (1) vacante del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 57604, denominado Profesional, Grado 6, del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, ofertado a través de la Convocatoria No. 436 de 2017- SENA"

tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 57604, tal como lo dispone la ley 1960 de 2019, con el fin de proveer los nuevos cargos creados. Todas estas decisiones deberán ser comunicadas a los interesados.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Santander, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. **Revocar** la Sentencia del 28/08/2020, proferida por el señor Juez Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga, Santander, de acuerdo a las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente providencia. En su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales de la señora **ESTEFANÍA LÓPEZ ESPINOSA,** identificada con cédula de ciudadanía No. 63534120.

Segundo. **ORDENAR** A la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA lo siguiente:

1. Dentro del marco de sus competencias y dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencias de los empleos vacantes no convocados o nuevos empleos surgidos con posterioridad a la convocatoria de la OPEC 57604 y los que allí se contienen.

2. Cumplido lo anterior y, de ser procedente, dentro del marco de sus competencias, en el término de cinco (5) días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, previo al estudio de cumplimiento de requisitos mínimos, que efectúen la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 57604, tal como lo dispone la ley 1960 de 2019, con el fin de proveer los nuevos cargos creados.

Todas estas decisiones deberán ser comunicadas a los interesados.

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

Quinto. **Comunicar** la presente decisión al juzgado de origen.

Sexto. Ejecutoriada esta decisión, **remítase por la Secretaría de la Corporación el expediente a la Corte Constitucional** para su eventual revisión, en concordancia con lo establecido en los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519 y PCSJA20-11521 del mes de marzo de 2020, proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE. Aprobado en Sala, **Acta No.78/2020.**

Los Magistrados,

SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR
Ponente
(En plataforma Teams)

RAFAEL GUTIÉRREZ SOLANO
(En Plataforma Teams)

IVÁN MAURICIO MENDOZA SAAVEDRA
(Ausente con permiso Resolución 100 de 2020)

SALA PENAL

Magistrado Ponente:
JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ
Tutela de segunda instancia 2020-00051
Aprobado mediante acta **85**.

Medellín, agosto dieciocho (18) de dos mil veinte (2020)

Subsanada la irregularidad advertida por la Sala, se procede a resolver las impugnaciones presentadas por **Diana Gissela Heredia Serna** (accionante) y por la apoderada de **Lina Alejandra Castrillón Celis** (tercero con interés), en contra del fallo de tutela proferido por el Juez Doce Penal del Circuito de esta ciudad el pasado 08 de julio, a través del cual se negó por improcedente la tutela de los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso.

ANTECEDENTES

1. Los hechos:

Fueron reseñados por la primera instancia de la siguiente forma:

"Afirma la accionante que, mediante Acuerdo No 20161000001376 del 05-09-2016, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No 433 de 2016–ICBF. Este acto administrativo, tiene como fundamento el artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

Asegura que se inscribió a la citada convocatoria, para optar por una vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 40114, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 9, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la cual está ubicada en la ciudad de Medellín (Antioquia).

Indica que posterior a la publicación del Acuerdo en mención, el Gobierno Nacional por intermedio del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social expidió el Decreto 1479 de 2017 por medio de la cual suprimen cargos de planta de personal de carácter temporal y a su vez, creó 13 empleos en la planta de personal de carácter permanente en el ICBF, en relación con los cargos de código 2044, grado 9. Y como consecuencia de esto, el ICBF expidió la Resolución 7746 del 5 de septiembre de 2017, para distribuir los 13 cargos en la planta global del ICBF. Destaca que estas vacantes no fueron parte de las ofertadas por el Acuerdo No 20161000001376 de 05-09-2016, en razón a que, en esa fecha el acuerdo de la convocatoria se regía por la Ley 909 de 2004.

Cuenta que la CNSC publicó a través de la página web del Banco Nacional de Listas de Elegibles (BNLE) la Resolución No. CNSC – 20182230073335 del 18-07-2018, "Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 40114, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 9, del Sistema

General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016 – ICBF", quedando ubicada en la posición No 7, con un puntaje de 68.78. Dicha lista quedó en firme el día 31 de julio de 2018, con una vigencia de 2 años a partir de su firmeza, es decir, hasta el día 30 de julio de 2020, por lo tanto, solo cuenta con un término aproximado de cuatro meses para que dicho acto administrativo surta efectos.

Manifiesta que, mediante llamada telefónica hecha al ICBF, le informaron que se nombró y posesionó en periodo de prueba en el cargo de carrera administrativa de la planta global de dicha entidad, identificado con el código OPEC 40114, cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 2044, Grado 9, con base en el uso de la lista de elegibles Resolución No. CNSC– 20182230073335 del 18-07-2018, ubicado en la ciudad de Medellín a la señora JUDITH SÁNCHEZ ZAPATA.

Afirma que 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 las listas; en virtud de esto, al darse el acto de nombramiento y posesión al cargo de parte de la señora JUDITH SÁNCHEZ ZAPATA, afirma la accionante que pasaría a ocupar el primer lugar dentro de la lista de elegibles.

Informa que luego de la publicación de la lista de elegibles, la CNSC expidió la i) Resolución No 20182230156785, por medio de la cual se revoca el articulo cuatro de la Resolución No. 20182230073335 del 18-07-2018 y la ii) No. 20182230162005, por la cual se declara desierto el concurso para algunas vacantes ofertadas en el marco de la convocatoria No. 433 de 2016–ICBF. Respecto al cargo que postuló dentro de la Convocatoria, el artículo primero del citado acto

administrativo declaró desierto el concurso respecto de 22 vacantes.

Asegura que la expedición de la primera resolución que se mencionó en el párrafo anterior, impidió que el ICBF pudiese usar la lista de elegibles de la Resolución No. 20182230073335, para proveer una de las vacantes desiertas y, en consecuencia, dichas vacantes están ocupadas por planta de personal de carácter provisional, vulnerando así el principio del mérito como elemento principal para la provisión de vacantes dentro del empleo público.

El día 16 de enero de 2020, la Sala Plena de la CNSC, aprobó el Criterio Unificado uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, donde concluye que las convocatorias para proveer vacantes definitivas de empleos de carrera, iniciadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, deberán agotar el procedimiento conforme a las reglas previamente establecidas en la convocatoria y en las normas que le sirvieron de sustento, con el fin de garantizar seguridad jurídica a las entidades y a los aspirantes y, tanto las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, como las expedidas coma consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.

Cuenta que teniendo en cuenta el fallo de tutela proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en favor de la elegible Jessica Lorena Reyes Contreras, elevó, de manera conjunta, derechos de petición ante CNSC e ICBF, donde solicita que se provean las siete vacantes del empleo identificado con el código 2044, grado 9, perfil psicóloga, creadas por el ICBF mediante la Resolución 1479 de 2017 y distribuidas

por la Resolución 7746 de 2017, con la Lista de Elegibles conformada mediante la Resolución 20182230073335 del 18 de julio de 2018, teniendo en cuenta la Ley 1960 de 2019 y la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca en favor de la señora Jessica Lorena Reyes Contreras.

Informa que el día 28 de febrero de 2020, el ICBF dio respuesta a la petición de solicitud de su nombramiento en el empleo OPEC 40114, PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 2044 Grado 9, dentro de la Convocatoria 433 de 2016. Y también indica que el ICBF le manifestó que existen un total de 7 vacantes Código 2044 Grado 9 Perfil PSICOLOGÍA, que a la fecha no están ocupadas por funcionarios de carrera administrativa, sino por funcionarios en calidad de provisionalidad, encargo o con vacantes pendientes de ser provistas. Lo anterior no lo considera como una respuesta efectiva a su solicitud.

Asevera que, hasta la fecha, las vacantes aquí descritas no se han provisto mediante el uso de listas de elegibles expedidas por CNSC, en virtud de la Convocatoria 433 de 2016 y como puede observarse, la lista de elegibles Resolución No. 20182230073335 del 18-07-2018, perderá vigencia el 30 de julio de 2020. Destaca que todas estas acciones administrativas, deben realizarse antes del término de vigencia de la lista de elegibles, so pena de que la suscrita pierda el derecho a que se le provea una de las vacantes referidas en la Resolución No. 20182230162005 del 04-12-2018, donde declaró desiertas un total de 23 vacantes Código 2044 Grado 9 y las aducidas en la respuesta que ICBF dio respecto a su derecho de petición, donde solicitó acto de nombramiento y posesión.

Asevera que se encuentra ante la consecución de un perjuicio irremediable, debido a que el tiempo para que la lista de elegibles pierda vigencia es de solo cuatro meses, y en ese tiempo debe esperar a que las entidades realicen diversas actuaciones administrativas, de las cuales no existe un cronograma de realización que pueda darle certeza absoluta sobre su realización y culminación.

> Solicita se tutelen sus derechos fundamentales de petición, trabajo, igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos y, en consecuencia, se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, acate las disposiciones normativas contenidas en la Ley 1960 de 2019 y en el Criterio Unificado expedido por la Sala Plena de la CNSC, de fecha 16 de enero de 2020.
>
> De igual manera, se ordene a la CNSC y al ICBF, con base en el derecho fundamental a igualdad, citando los fallos de tutela expedidos por el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA, que de manera conjunta, realicen los actos tendientes para que provean las 7 vacantes Código 2044 Grado 9 PERFIL PSICOLOGÍA, reportadas por ICBF mediante respuesta al derecho de petición, bajo número de radicado 201212100000052101, las cuales fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017 y distribuidas por la Resolución No 7746 de 2017, con la lista de elegibles Resolución No. 20182230073335 del 18-07-2018.
>
> De manera subsidiaria y en caso de existir en la ciudad de Medellín, en el departamento de Antioquia o en otra regional del país, una o más vacantes definitiva disponibles denominada PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044 Grado 9, se provean las mismas, con la Resolución No. 20182230073335 del 18-07-2018."

2. La sentencia impugnada.

Mediante decisión del pasado 15 de mayo, el Juez Doce Penal del Circuito encontró improcedente amparar los derechos invocados por la señora Diana Gissela Heredia, considerando que el asunto puesto en su consideración carece de trascendencia *iusfundamental*. Adujo que la lista de elegibles que se crea en virtud de un concurso de méritos genera un derecho adquirido para los participantes que ocupan los

primeros puntajes, pero para los que no obtuvieron la posición meritoria, le asiste una mera expectativa frente a la utilización de listas de elegibles para la provisión de dicho empleo.

Concluyó la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales, argumentando que para el empleo en el cual se inscribió la accionante se ofertó una sola vacante, y como ésta ocupó la séptima posición en la lista de elegibles, no obtuvo posición meritoria que la hiciera acreedora del cargo público.

Precisó que los elegibles que no alcanzaron el puntaje requerido para ocupar una posición meritoria para proveer el empleo No. 40114 (como la accionante), se encuentran en espera de que se genere una vacante con las mismas características del empleo ofertado, salvo que haya decisión en contrario.

Finalmente, reiteró que teniendo en cuenta la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, la entidad que determina las vacantes disponibles y la necesidad de la utilización de las listas de elegibles para proveer los cargos es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, quien debe hacer la solicitud a la Comisión Nacional del Servicio Civil para la utilización de las mismas.

3. Las impugnaciones.

3.1 De la accionante Diana Gissela Heredia Serna

Adujo que la decisión de primera instancia es contraria a una proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca con número de radicado 76-001-33-33-021-2019-00234-00 que se pronunció "*respecto de un asunto con los mismos elementos facticos y jurídicos*" que su caso, entre ellos, que ambas accionantes son partícipes de la Convocatoria 433 de 2016–ICBF regida por el Acuerdo No 20161000001376 de 05-09-2016, que ambas son las siguientes en orden de elección dentro su correspondientes listas de elegibles y que el decreto 1479 de 2017 creó cargos nuevos para la Oferta Pública de Empleos en Carrera (OPEC) para la cual se postularon.

Indicó que la postura adoptada por el *a quo* no evidencia un estudio de fondo del asunto que motiva la protección constitucional requerida, dado que está solicitando que se ordene el inmediato cumplimiento a lo ordenado por los artículos 6º y 7º de la Ley 1960 de 2019, en miras a cubrir las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surgieron con posterioridad a la convocatoria del 2016.

Arguyó que el juez de primera instancia no se debió limitar a manifestar que las entidades ya están adelantando las acciones necesarias para proveer las vacantes creadas por el Decreto 1479 de 2017, cuando en el expediente no obra prueba alguna que permita inferir que el ICBF solicitó la autorización del uso de su lista de elegibles a la CNSC, o que la CNSC ya inició el trámite para autorizar su disposición. Resaltó al respecto, que la lista de elegibles en la que se encuentra inscrita vente vence el 30 de julio de 2020.

3.2 De Lina Alejandra Castrillón Celis

Manifestó por intermedio de su representante que el fallo de tutela adolece de no ajustarse a los hechos y antecedentes que motivaron la interposición de la acción constitucional. Resaltó que lo pretendido mediante este mecanismo es que se expida una orden en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que realicen los actos tendientes a proveer las siete (07) vacantes para el perfil de psicóloga, correspondientes al Código 2044, Grado 9[1] con la lista de elegibles que corresponde a la Resolución No. CNSC–20182230073335 del 18-07-2018. Sin embargo, asegura que el Juez de primera instancia omitió realizar un pronunciamiento al respecto.

CONSIDERACIONES

Es sabido que la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario para garantizar la protección de los derechos fundamentales constitucionales cuando se vean amenazados o violentados por el actuar de las autoridades o de los particulares en casos excepcionales. Se exige para su procedencia el cumplimiento una serie de presupuestos de carácter material que deben concurrir de manera conjunta, pues a falta de uno de ellos la pretensión de amparo constitucional resultaría improcedente, estos son: a) la vulneración o amenaza de los derechos del accionante por parte de la autoridad pública o el particular, según el caso; b) el carácter básico de dichos derechos; y c) carencia de otro

[1] Creadas por el Decreto 1479 de 2017 y distribuidas por la Resolución No 7746 de 2017,

medio judicial para su defensa, salvo el caso del perjuicio irremediable.[2]

Sin perjuicio de lo anterior, la procedencia de este mecanismo de amparo respecto de los derechos de las personas que han participado en concursos de mérito ha sido objeto de análisis puntual por parte la Corte Constitucional, y se ha realizado una diferenciación en base a dos supuestos de hecho: cuando mediante la tutela cuando se controvierte un acto administrativo y cuando se busca que la entidad encargada efectúe los nombramientos de las personas incluidas en la lista de elegibles.

En el primer supuesto, por regla general, este mecanismo constitucional no procede debido a la existencia de otros medios de defensa judicial, aunque este análisis dependerá de las situaciones particulares de cada caso concreto. En el segundo evento, la Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela procede para la protección de los derechos de los participantes que, teniendo derecho a ser nombrados por hacer parte de la lista de elegibles, no son designados. Al respecto, en la Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002 la Corte Constitucional expresó:

> "… existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y

[2] Sentencia T 030 de 2015.

> se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos."

Además de lo anterior, esa Corte ha señalado que la acción de tutela es procedente cuando la persona que pretende acceder al cargo para el cual participó en un curso de méritos se ve expuesta al riesgo de que el registro o la lista de elegibles pierda vigencia y, como consecuencia de ello, no pueda garantizarse la protección de su derecho por las vías judiciales existentes, lo que generaría un perjuicio irremediable.

Para este Tribunal los supuestos fácticos específicos que rodean este caso hacen procedente la acción de tutela toda vez que **1.** está probado que la accionante aprobó el concurso de méritos y por tanto, está inscrita de lista de elegibles conformada mediante la resolución No. CNSC – 20182230073335 para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 40114, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, **2.** Se demostró además la existencia de vacantes por proveer en cargos de igual denominación que los llamados a concurso en esa ocasión, pues los mismos fueron creados por el Decreto 1479 de 2017, **3.** se discute que las entidades accionadas estén omitiendo cumplir con su deber de proveer los cargos públicos por medio del concurso de mérito y **4.** para el momento de la

interposición de la acción constitucional la lista de elegibles a la que pertenece la accionante estaba ad portas de perder vigencia, suceso que acaeció efectivamente para el momento en que se adopta esta decisión.

No cabe duda que exigirle a la accionante que acuda al proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción administrativa resultaría ineficaz para la protección de los derechos fundamentales invocados, atendiendo, entre otras cosas, a su prolongada duración y trámite para hacer efectivo los derechos de los concursantes.

De allí que se haga necesario analizar el fondo del *sub judice,* verificando si el Instituto Colombiano de bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil han desconocido los mecanismos de selección establecidos para el concurso público del que hizo parte la ciudadana Diana Gissela Heredia y los demás terceros con interés vinculados a la acción constitucional. Para surtir la discusión, la sala abordará de manera sistemática varios tópicos relevantes para la solución a plantear:

1. El sistema de carrera administrativa y el concurso público de méritos como garantías constitucionales.

El artículo 125 de la Constitución establece el concurso de mérito como el criterio por excelencia para la provisión de cargos públicos dentro de la administración. Por su intermedio se pretende dotar al sistema de servidores cuya experiencia y conocimientos puedan dar fe de su aptitud para atender las

responsabilidades confiadas a los entes públicos, basándonos en un concepto de perfeccionamiento de la administración.

Para el cumplimiento de dicho mandato superior, el Congreso Nacional expidió la ley 938 de 2004, en cuyo artículo 2° se establecen los principios rectores de la función pública, de los cuales se resaltan los siguientes por ser relevante interés para el asunto que hoy se discute:

> 1. La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.
>
> 2. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.

De aquí que sea indiscutible la obligación constitucional y legal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de designar sus cargos de carrera con el uso primordial de las listas de elegibles que se encuentren vigentes. Ello debe hacerse con diligencia y ateniéndose a los principios que gobiernan a la administración pública, que además de los citados en precedencia, se encuentran el artículo 209 de la Constitución Política.

2. Los hechos probados mediante el acervo probatorio obrante en el expediente.

De los elementos aportados por las partes y terceros con interés durante el trámite de este mecanismo de amparo se puede extraer que:

a) Diana Gissela Heredia Serna concursó para el cargo de profesional universitario, Código 2044, Grado 9, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ofertado en la OPEC No. 40114. La accionante aprobó el concurso y ocupó la posición N° 7 dentro de la lista de elegibles para esa denominación.

b) Con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016, se crearon trece (13) vacantes definitivas para ese mismo cargo concursado, de las cuales 7 han sido provistas por empleados en provisionalidad.

c). Durante la vigencia de la Lista de elegibles a la que pertenece la accionante, se expidió la ley 1960 del 27 de junio 2019, en cuyo artículo 6°, que modificó el artículo 31 de la ley 909 de 2004, y ordenó a la administración utilizar las listas de elegibles que se creen en virtud de un concurso de méritos para cubrir *las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surgieran con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.*

e) Pese a las solicitudes presentadas por la accionante ante el ICBF y la CNSC para que se proveyeran dichas vacantes con la lista de elegibles vigente en el momento de la solicitud, a la fecha de esta decisión no se han adelantado acciones para la provisión de los cargos públicos de carrera mediante el uso de

la esa lista; la cual se conformó para un cargo de iguales denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito y funciones a los nuevos que fueron creados.

3. La aplicación de la ley 1960 de 2019 dentro de los procesos de nombramiento de la convocatoria N° 433 de 2016.

En este caso en particular no se discute el uso que inicialmente se le dio a la lista de elegibles 20182230073335 a la que pertenece la accionante (ubicada en el puesto N°7), pues efectivamente ésta se utilizó para proveer una (01) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 40114, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, que fue para lo que en origen se constituyó.

Lo que se plantea, entonces, es la aplicación que se debió dar del Artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 que modificó el artículo 31 de la ley 909 de 2004, y que en su numeral 4 ordena a la administración utilizar las listas de elegibles que se creen en virtud de un concurso de méritos para cubrir "*(…) las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad",* ya que la norma anterior únicamente disponía la utilización de la lista para cubrir las vacantes para las cuales se convocó el concurso.

Hemos de precisar que mediante el Decreto 1479 de 2017 se crearon 49 nuevos cargos denominados "profesional

universitario", trece (13) de los cuales hacen parte del código 2044 Grado 9; es decir, corresponden a la OPEC a la cual se postuló la accionante dentro de la convocatoria 433 de 2016, ajustándose a los dispuesto en la norma en cita ya que se trata de ***I.*** Cargos equivalentes no convocados *y* ***II*** *que* han surgido con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad.

Entonces, el punto central de discusión se conjuga en definir si la Ley 1960 debe ser aplicada de manera *retrospectiva* a la convocatoria 433 de 2016, pues su expedición y entrada en vigencia efectivamente son posteriores a la conformación y consolidación de la lista de elegibles publicada por la CNSC mediante la Resolución 20182230073335 (31 de julio de 2018), pero concurre con la vigencia de la lista mencionada, que valga la pena aclarar era de dos (02) años, los cuales transcurrían hasta el pasado 31 de julio de 2020.

Resulta evidente que ha operado un tránsito de legislación durante la vigencia de la lista de elegibles a la que pertenece la accionante y no se desconoce que, por regla general, las normas rigen hacia el futuro una vez son divulgadas. No obstante, jurisprudencialmente se ha aceptado una modalidad de aplicación temporal de las normas denominada *retrospectividad*, que conforme a lo expuesto en la sentencia T-564 de 2015 consiste en:

> "…la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos

> siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva.
>
> En este sentido, ha sido unánimemente aceptado por la jurisprudencia de todas las Altas Cortes que si bien en principio las normas jurídicas solo tienen aplicabilidad a situaciones que tuvieron lugar con posterioridad a su vigencia, ello no presenta impedimento alguno para que, en los casos en los que la situación jurídica no se ha consolidado o sus efectos siguen surtiéndose, una nueva norma pueda entrar a regular y a modificar situaciones surtidas con anterioridad a su vigencia."[3] (subrayas de la sala)

Como consecuencia de lo anterior, queda claro que una norma posterior podrá regular situaciones anteriores a su promulgación, siempre y cuando sean meras expectativas y no situaciones jurídicas consolidadas, como quiera que de estas últimas se entenderán finiquitadas bajo la vigencia de la ley antigua.

Pues bien, no cabe duda que los aspirantes a cargos públicos que figuran en una lista de elegibles cuentan con una mera expectativa de ser nombrados (salvo aquél que ocupe el primer lugar de quien se predica un derecho adquirido). Tampoco hay dudas de que, en virtud de los principios que rigen la función pública y la carrera administrativa, los nominadores tienen restringida la facultad discrecional a efectos de proveer un cargo y, por el contrario, es un deber legal el acudir a las listas de elegibles para proveer las vacantes de grado y denominación iguales para el cual se

[3] Posición adoptada igualmente en sentencias T-569 de 2011 y T -156 de 2012, entre otras.

abrió originalmente el concurso de méritos. Con ello se garantizan el derecho a la igualdad de oportunidades para el acceso a cargos y funciones públicas (Artículo 40 de la Constitución Política), la búsqueda de la eficiencia y la eficacia en el servicio público para el cumplimiento de los fines del Estado (Artículos 1, 2, 122 a 131 y 209), y la protección de los derechos subjetivos a los que tienen derecho las personas vinculadas a la carrera (Artículos 53 y 125).

Con base en estas consideraciones la Sala encuentra que es dable aplicar retrospectivamente la Ley 1960 de 2019 a la lista de elegibles a la que pertenece la accionante, puesto que su situación no se encuentra consolidada dentro de la Convocatoria 433 de 2016. Incluso, esta posición fue adoptada por el mismo ICBF tanto en la respuesta otorgada a la petición radicada por la accionante, como en la contestación a la presente acción de tutela[4].

4. Se desconocieron los principios fundamentales del acceso a la carrera administrativa y se vulneraron los derechos de la accionante.

En criterio de esta Sala el proceder de las entidades accionadas desconoce los principios de acceso a la carrera administrativa por meritocracia, en especial, los contenidos en el artículo 125 de la Constitución Política, tal como fueron tratados ampliamente en la Sentencia C-288 de 2014 que recoge nutrida jurisprudencia y explica a fondo los bases sobre

[4] Ver oficio 20201210000052101 del 27 de febrero de 2020 y contestación emitida por el ICBF obrantes en el expediente digital.

las que se erige la función pública (igualdad, mérito y estabilidad).

Considerando como se hizo la necesidad de aplicación retrospectiva de la ley 1960 de 2019, se concluye que las nuevas vacantes permanentes creadas para el empleo de Profesional Universitario grado 9 Código 2044, debieron ser ocupadas por aquellas personas que conformaron las listas de elegibles vigentes para dichos cargos, situación en la cual se encontró la accionante al momento de interposición de esta acción constitucional.

Debe enfatizar esta corporación que Diana Gissela desde el pasado 29 de enero solicitó tanto a la CNSC y como al ICBF, entre otras cosas, que realizaran los actos tendientes para proveer las 13 vacantes Código 2044 Grado 9 que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017, haciendo uso la lista de elegibles contenida Resolución No. CNSC – 20182230073335 del 18-07-2018, a la cual pertenece. Pese a que en la respuesta otorgada el ICBF manifestó encontrarse adelantando las acciones para acceder a su solicitud, al momento de pérdida de vigencia de la lista de elegibles transcurrieron más de cinco (05) meses sin que se concretaran dichas labores.

Encontrarnos así, que efectivamente se ha desconocido tanto el precedente jurisprudencial en torno a la provisión de los cargos de carrera administrativa, como las normas de orden Constitucional y Legal que se han dispuesto específicamente para suplir dichos cargos. Tal como se desprende de las normas en cita, es a la CNSC a quien le compete analizar la

alegada equivalencia entre el cargo al cual aspiró la accionante durante el concurso y el que se encuentre vacante, previa solicitud por parte del ICBF y registro de las vacantes en el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad (SIMO) para así autorizar al nominador su designación en éste último. Acciones que, pese al tiempo trascurrido desde la expedición de la ley 1960 de 2019 y de la solicitud radicada por la accionante, aún no han sido adelantadas por el Instituto de Bienestar Familiar.

Aunque se alega que se dichas gestiones administrativas *"se están adelantando"* lo cierto es que no obra constancia alguna de que efectivamente haya una solicitud de autorización para el uso de la lista ante la CNCS o una respuesta efectiva por parte de esa institución.

Por los motivos hasta aquí expuestos se hace menester revocar la decisión que vía impugnación se revisa, para en su lugar conceder la protección constitucional invocada a los derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad de la señora Diana Gisela Heredia Serna, correspondiendo entonces a este Tribunal ordenar que se eleve la solicitud ante la CNSC para que sea ésta quien determine la alegada equivalencia de cargos que permita nombrar en periodo de prueba a las personas que hacen parte de la lista de elegibles creada mediante Resolución No. 20182230073335 del 18-07-2018, de la cual la accionante ocupa el puesto número 7° tal como lo registran las pautas de la convocatoria.

Ahora bien, es oportuno poner de presente que la lista de elegibles que se estudia en esta oportunidad ha perdido

vigencia pues ya transcurrieron dos (02) años desde la fecha de su firmeza, tal como lo establece la Ley 909 de 2004[5]. Sin embargo, la señora Diana Gissela Heredia elevó las peticiones de nombramientos y el presente amparo mucho antes de que se cumpliera ese término, buscando ser nombrada en un empleo igual o equivalente, por lo que dicha lista debe ser aplicada en el caso en estudio.

Esta posición frente a la prórroga de la vigencia de la lista de elegibles no es creación de esta Sala, sino que se aplica de forma análoga pues la misma fue objeto de decisión en un caso similar al que hoy nos ocupa por parte de la Corte Constitucional. Veamos esta posición que se adoptó en la Sentencia T-112A de 2014:

> "Es oportuno aclarar que actualmente la lista de elegibles ha perdido vigencia. Conforme al artículo 15 de la resolución 3037 de 2011 de 10 de junio de 2011, las listas de elegibles conformadas a través de dicho acto administrativo tendrán una vigencia de dos años desde la fecha de su firmeza. Conforme a lo publicado por la CNSC, la fecha de firmeza fue el 29 de junio de 2011, de forma tal que su vigencia fue hasta el 29 de junio de 2013. Sin embargo, la señora Torres Rodríguez, elevó el presente amparo antes de que la lista de elegibles perdiera vigencia buscando ser nombrada en un empleo igual o equivalente al que ella participó, tal como las normas del concurso que regían lo permitían, o por lo menos que se elevara la solicitud de autorización del uso de la lista de elegibles a la CNSC, por lo que dicha lista tiene plena aplicabilidad en el caso en estudio."

[5] Conforme se informó por la CNSC, la fecha de firmeza fue el 31 de julio de 2018, por lo que que su vigencia fue hasta el 31 de julio de 2020.

En afán de conclusión, la sala precisa que efectivamente el actuar pasivo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, está afectando los derechos fundamentales de la accionante al debido proceso administrativo y al acceso a cargos públicos. Además, está desconociendo las prerrogativas contenidas en el Artículo 125 de la Constitución Nacional, que garantizan el resguardo del Estado Social y Democrático de Derecho tal como ha sido constituido por la norma superior. Esto, porque se está omitiendo iniciar el trámite establecido en la ley 1960 de 2019 que impone solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la autorización de la lista de elegibles para la provisión de los cargos públicos que fueron creados con posterioridad a la realización del concurso de méritos (convocatoria 433 de 2016).

De allí, que resulte menester revocar en la sentencia de primera instancia que negó por improcedente la solicitud tutelar, para en su lugar conceder el amparo constitucional a los derechos fundamentales de Diana Gissela Heredia Sierra al debido proceso, a la igualdad y al trabajo. En consecuencia, se ordenará al ICBF que proceda a solicitar la autorización del uso de lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 20182230073335 (en la que se encuentra la accionante) a la CNSC, para proveer las plazas que se encuentren en vacancia definitiva para el cargo de Profesional Universitario Grado 9, Código 2044, que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017 y distribuidas por la Resolución No 7746 de 2017. Efecto de los anterior es que procederá dentro del término legal a adelantar los procedimientos para proveer los cargos en propiedad según el orden fijado en la lista de elegibles.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de Ley:

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juez Doce Penal del Circuito de esta ciudad el 08 de julio de 2020 y, en su lugar, **CONCEDER** la tutela de los derechos de la señora **Diana Gissela Heredia Serna** al debido proceso administrativo, igualdad, trabajo y acceso a funciones públicas**.**

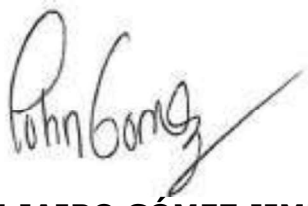
SEGUNDO: ORDENAR al **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar** que en el plazo cinco (05) días, solicite a la Comisión Nacional del Servicio Civil la autorización del uso de lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 20182230073335 para proveer las plazas que se encuentren en vacancia definitiva para el cargo de Profesional Universitario Grado 9, Código 2044, que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017 y distribuidas por la Resolución No 7746 de 2017. Agotada la anterior condición, la entidad procederá dentro del término legal a adelantar los procedimientos administrativos para proveer los cargos en propiedad según el orden fijado en la lista de elegibles.

TERCERO: la Comisión Nacional del Servicio Civil no podrá negar la autorización del uso de la lista de elegibles argumentando la pérdida de vigencia que acaeció el 31 de julio de 2020, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: Para su eventual revisión, se ordena enviar el expediente a la Corte Constitucional, previa notificaciones e informe al Juez de instancia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL:	TUTELA
ACCIONANTES:	YORIANA ASTRID PEÑA PARRA Y ANGELA MARCELA RIVERA ESPINOSA. abogadosenproblemasdelmagisterio@gmail.comy jairojaramillo7@gmail.com
ACCIONADOS:	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL[1] notificacionesjudiciales@cnsc.gov.co, e INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR[2] notificacionesjudiciales@icbf.gov.co
PROCESO:	76001-33-33-008-2020-00117-01
PROVIDENCIA:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

TEMA: Derechos fundamentales al trabajo, igualdad, debido proceso, y acceso a cargos públicos. Se revoca sentencia de primera instancia que declaró improcedente la acción y se concede el amparo.

Aprobada en Sala virtual y Acta de la fecha. Convocatoria virtual No 25 del dieciséis (16) de septiembre de 2020.

1. OBJETO DE DECISIÓN

La Sala decide la impugnación presentada por la parte demandante contra la Sentencia N° 93 del 10 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali que declaró improcedente la solicitud de amparo.

2. FUNDAMENTO FÁCTICO DE LA SOLICITUD DE TUTELA (Fls. 3-50)

Mediante Acuerdo No 20161000001376 de 05-09-2016, la CNSC convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF Convocatoria No 433 de 2016 – ICBF.

Las accionantes se inscribieron en la citada convocatoria, para optar por una de las dieciséis vacantes del empleo identificado con el Número OPEC[3] 34702, Nivel: Profesional, Denominación: Defensor de Familia, Grado: 17 Código: 2125, Departamento y Municipio: Huila-Neiva, Asignación Salarial: $ 4,019,424.

Posteriormente, se expidió el Decreto 1479 de 2017 por medio del cual se suprimió la planta de personal de carácter temporal del ICBF y se modificó la permanente, autorizándole al Director General del Instituto que, mediante resolución distribuyera los 3.737 empleos de la planta global de que trata dicho decreto y ubicará al personal teniendo en cuenta la estructura, los procesos, los planes, los programas y las necesidades de la entidad a nivel nacional; en ese orden, expidió la Resolución 7746 de 2017, donde en su

[1] En adelante CNSC
[2] En adelante ICBF
3 Oferta Pública de Empleos de Carrera

artículo primero, dentro del área B) Protección Misional, establece 328 cargos de Defensor de Familia Código 2125, Grado 17.

La CNSC publicó la Resolución No 20182230072735 del 17-07-2018, "*Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer dieciséis (16) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 34702, denominado DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016 – ICBF*", donde las accionantes ocupaban los puestos 24 y 25, respectivamente; dichas vacantes ya se encuentran proveídas.

El día 22 de noviembre de 2018, la CNSC expidió la Resolución No 20182230156785, que revoca el artículo cuarto de todos los actos administrativos que constituyen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria 443 de 2016; dicho artículo disponía "*Una vez agotadas todas 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 un audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3625 de 2010. Así mismo dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados.*".

Que el 16 de enero de 2020, la Sala Plena de la CNSC, aprobó el Criterio Unificado uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 20194 donde estableció:

> "(…) *De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un numero de OPEC.*" [4] (Subraya la Sala).

Que de conformidad con el oficio No 202012100000048271 del 25 de febrero de 2020 suscrito por el Director de Gestión Humana del ICBF, se advierte que existen no menos de 250 vacantes a nivel nacional del empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 sin proveer, que corresponden a ubicaciones geográficas diferentes a la OPEC 34702 (Neiva) que optaron las accionantes, por lo que elevaron peticiones de manera individual en vigencia de la lista de elegibles, a fin de lograr que ambas entidades accionadas, realizaran acciones administrativas para proveer bajo el principio del mérito, las vacantes definitivas disponibles Código 2125 Grado 17 con la lista de

4 Por la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones

elegibles Resolución No 20182230072735 del 17-07-2018, de la que hicieron parte.

3. PRETENSIONES DE LA SOLICITUD (Fls. 50-53).

Se inaplique por inconstitucional el Criterio Unificado de "*uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 201*9", emanado por la Sala Plena de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el día 16 de enero de 2020[5], y se ordene al ICBF verifique en su planta global las vacantes existentes del empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, y solicite a la CNSC el uso de la lista de elegibles de la cual hacen parte las accionantes para la provisión de dichas vacantes pese a no corresponder a la OPEC 34702; que la CNSC dé concepto favorable para la utilización de esas listas, las remita al ICBF y éste provea dichos cargos.

4. DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS (Fls. 53-66)

Trabajo, igualdad, debido proceso, y acceso a cargos públicos.

5. CONTESTACIÓN

5.1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (Fls. 406-418)

El ICBF estima que en el presente caso la acción de tutela deviene improcedente, por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, así como de subsidiariedad y perjuicio irremediable, puesto que: (i) ya se publicó la lista de elegibles y esta adquirió firmeza hace dos años, la cual se conformó para proveer (16) vacantes, y en dicha lista Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa ocuparon la posición número 24 y 25; (ii) las actoras no cuestionan dicha lista, ni el procedimiento de conformación o el orden de los elegibles, sino actuaciones que surgieron con posterioridad, específicamente el hecho de que no se haya efectuado su nombramiento en aplicación del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019; (iii) en el fondo, las accionantes atacan la aplicación de un acto de carácter general, proferido por la CNSC, denominado "Criterio unificado sobre el uso de listas de elegibles a la luz de la Ley 1960 de 2019" del 16 de enero de 2020, el cual se encuentra en firme y se presume su legalidad.

Que en la actualidad se encuentra un trámite una solicitud que se hizo para proveer solamente una vacante del empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, identificado con la OPEC 34702.

5.2. Comisión Nacional del Servicio Civil (Fls. 419-428)

Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad – SIMO se constató que durante la vigencia de la lista de la que hacen parte las accionantes, el ICBF ha reportado una (1) vacante adicional a la ofertada

[5] Que establece: "(…) De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos' entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, criterios con los que el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."

en el marco de la Convocatoria 433 de 2016, que cumplen con el criterio de mismos empleos, de conformidad con lo certificado por la Entidad OPEC 34702.

Razón por la cual esta Comisión Nacional procedió a emitir comunicación radicada con No 20201020408971 del 19 de mayo de 2020 mediante la cual se autorizó el uso de la Lista de Elegibles para el elegible ubicado en la posición veintitrés (23), de la aludida lista de acuerdo con la información reportada por la entidad.

Que es claro que las señoras Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa se encuentran sujetas, no solo a la vigencia de las listas sino también al tránsito habitual de las mismas, cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que pueden ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.

Por lo anterior, las aquí accionantes no pueden pretender que mediante esta acción constitucional se les concede un derecho, transgrediendo el orden legal establecido para la provisión del empleo público, llegando a imponer una carga jurídica a la Comisión Nacional del Servicio Civil, que no puede soportar, toda vez que, entre sus facultades legales no se encuentra la de coadministrar plantas de personal, función otorgada estrictamente al ICBF; en consecuencia, solicitó no tutelar los derechos invocados porque no hay vulneración a derecho fundamental alguno.

6. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Fls. 429-460)

La a quo en sentencia No 93 del 10 de agosto de 2020, declaró improcedente el amparo solicitado pues las pretensiones de la parte demandante tienen como fin, cuestionar el acto administrativo por el cual se "Unificó el Criterio" por parte de la CNSC, y, en consecuencia, se inaplique por inconstitucional el uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 2019, emanado de la CNSC el 16 de enero de 2020, donde ordena a las entidades públicas como el ICBF el cumplimiento del artículo 6 de la ley 1960 de 2019 para la provisión de vacantes nuevas que no fueron ofertadas en la Convocatoria 433 de 2016, sin haberse agotado los medios ordinarios de defensa judicial establecidos por el legislador como las acciones contencioso administrativas previstas para controlar la constitucionalidad y legalidad de las decisiones contenidas en los actos administrativos expedidos por la CNSC.

7. IMPUGNACIÓN (Fls. 455-492)

La parte demandante inconforme impugnó la decisión proferida por la a quo porque considera que al estar por vencerse las lista de elegibles de la que hacen parte es obvia la existencia del perjuicio irremediable que consiste en perder el derecho a acceder a un cargo de carrera; que en razón de existir cargos pendientes de proveer en propiedad, del empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, pese a corresponder a otras OPEC, debe inaplicarse el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, que dispone el uso de las listas de elegibles que correspondan a los "mismos empleos' entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones y ubicación geográfica.

8. CONSIDERACIONES DE LA SALA

8.1. Competencia

El Tribunal es competente para conocer de la impugnación de la sentencia proferida en primera instancia, según lo establecido por el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

8.2. Procedibilidad de la acción de tutela

8.2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En esta oportunidad, las señoras Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinoza, actúan en nombre propio y en defensa de sus derechos e intereses, razón por la que se encuentra legitimado para presentar el mecanismo de amparo.

8.2.2. Legitimación pasiva

Las entidades demandadas de conformidad con lo estipulado en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, están legitimada como parte pasiva dentro del proceso, toda vez que se le atribuye la vulneración de la prerrogativa constitucional.

8.3. Problema Jurídico

¿La acción de tutela es procedente en el presente asunto?

En caso afirmativo, *¿Se encuentra probada la vulneración a los derechos fundamentales de las demandantes por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil por no proveer las vacantes existentes del empleo Defensor de Familia Código 2125, Grado 17 con quienes conforman listas de elegibles de otras OPEC?*

8.4. Tesis de la Sala Mixta de Decisión.

La Sala considera procedente la acción de tutela en este caso, pues de conformidad con la jurisprudencia constitucional, es la vía adecuada para la protección de los derechos fundamentales de quien ha participado en un concurso de méritos, pues, pese a existir otros mecanismos ordinarios de defensa, éstos se tornan ineficaces cuando las circunstancias particulares denoten un perjuicio irremediable.

De otro lado, para la Sala las demandadas vulneran los derechos fundamentales de la accionante y de todos los integrantes de la lista de

elegibles al no permitirles acceder a la carrera pese a haber superado un concurso de mérito y existir vacantes, so pretexto de aplicar el *"Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019"* del 16 de enero de 2020, condicionando las listas de elegibles vigentes a que correspondan a los "mismos empleos", entendiéndose aquellos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones y ubicación geográfica, desconoce principios constitucionales como el del mérito para acceder a cargos públicos; de donde se concluye que interpretan que el cambio de ubicación geográfica desnaturaliza la categoría de "mismos empleos". En consecuencia, la sentencia será revocada para en su lugar, tutelar los derechos fundamentales de las accionantes.

Para soportar esta decisión abordará los siguientes temas: **i)** la acción de tutela; **ii)** procedencia excepcional de la acción de tutela en concurso de méritos; y **iii)** el caso concreto.

8.4.1. La acción de tutela

De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política de 1991 la acción de tutela es un derecho público subjetivo del que goza toda persona para obtener del Estado a través de la Rama Judicial la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, en determinados casos.

Esta acción es de carácter residual y subsidiario, sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente, idóneo, que le permita al actor solicitar ante los jueces ordinarios la protección de sus derechos; salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable que debe aparecer acreditado en el proceso.

8.4.2. Procedencia excepcional de la acción de tutela en concurso de méritos.

De tiempo atrás la Jurisprudencia aceptaba la procedencia excepcional de la acción de tutela a efectos de la protección de los derechos fundamentales de quien ha participado en un concurso de méritos, pese a existir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el cual se torna ineficaz cuando las circunstancias particulares denoten un perjuicio irremediable:

> "La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen

> cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional."[6]

Estas excepciones a la improcedencia de la tutela se han desarrollado jurisprudencialmente frente a casos específicos[7]:

> "De igual forma, en la sentencia SU-133 del 2 de abril de 1998, la Corte indicó que en algunas ocasiones los medios ordinarios no resultan idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en concursos para acceder a cargos de carrera. Afirmó la referida providencia:
>
> > "Así las cosas, esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata."

En el mismo sentido, la Sentencia T-425 del 26 de abril 2001 se pronunció en los siguientes términos:

> "En un sinnúmero de ocasiones esta colegiatura ha sostenido que procede la tutela para enervar los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos. En efecto: la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata."

En la Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002, la Corte reiteró esta posición:

> "… existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a

---

6 Sentencia T-315 de 1998 de la Corte Constitucional

7 T-112 A de 2014 M.P Alberto Rojas Ríos.

> la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos."

Así mismo, en la Sentencia SU-913 de 2009 la Corte Constitucional concluyó que "…*si bien, pueden existir otros mecanismos judiciales, estos deben ser eficaces y conducentes para tener la entidad de excluir al mecanismo de tutela en la protección de derechos en materia de concurso de méritos. De lo contrario, esto es, acudir a un proceso ordinario o contencioso administrativo, se estaría obligando a soportar la vulneración de derechos que requieren atención inmediata*"[8]

Por último, la sentencia T-160 de 2018[9], también señaló la procedencia excepcional de la acción de tutela en concurso de méritos, cuando a pesar de existir otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para evitar un perjuicio irremediable:

> "Esta Sala de Revisión encuentra que la acción de amparo constitucional se convierte en el mecanismo idóneo de defensa judicial para resolver la controversia sometida a revisión, por una parte, porque las pretensiones del accionante no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, pretensión para la cual puede acudir a los medios de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que pretende demostrar que la aplicación de estas normas, en su caso concreto, lesiona sus derechos fundamentales".

8.4.3. Análisis del caso concreto

Está probado en el proceso que las accionantes se inscribieron en la convocatoria No 433 de 2016 que realizó la CNSC mediante Acuerdo No 2016100000176, para optar por una de las dieciséis vacantes del empleo denominado Defensor de Familia, identificado con el No de OPEC 34702, Código 2125, Grado 17, Departamento: Huila-Neiva, Asignación Salarial: $ 4,019,424 del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Que la CNSC publicó la Resolución No 20182230072735 del 17-07-2018, "*Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer dieciséis (16) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No 34702, denominado DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016 – ICBF*", lista conformada por 74 personas, donde las accionantes ocuparon los puestos 24 y 25. (Fls. 117-120).

Que de conformidad con el oficio No 202012100000048271 del 25 de febrero de 2020 suscrito por el Director de Gestión Humana del ICBF, dirigido a la señora Martha Lucía Perico Rico, se advierte que existen no menos de 250 vacantes a nivel nacional del empleo Defensor de Familia, Código 2125,

---

8 Sentencia T-112 de 2014, Corte Constitucional

9 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

Grado 17 sin proveer, que corresponden a ubicaciones geográficas diferentes de la OPEC 34702 por la que optaron las accionantes. (Fls. 188-215)

Que de acuerdo con la Resolución No 3515 de 2020, se proveyeron las 16 vacantes del empleo denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, identificado con el Código OPEC No 34702; que posteriormente, se procedió hacer la derogatoria de seis nombramientos de personas que no tomaron posesión del empleo, y, en consecuencia, se efectuaron los nombramientos de aquellos que ostentaban el puesto 17 al 22 (Fls. 172-175), previa solicitud del uso directo de la lista de elegibles a la CNSC mediante comunicación radicado No 202012110000014281 del 23 de enero de 2020 (Fl. 410)

Que en razón de una renuncia, y en aplicación a lo establecido en el Criterio Unificado expedido por la CNSC el 16 de enero de 2020, que señala que *"… las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos' entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, criterios con los que el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.",* el ICBF solicitó mediante oficio No 20201211000093921 del 16 de abril de 2020, radicado CNSC con No 20203200491752 del 20 de abril de 2020, autorización de uso de la lista de elegible para la nueva vacante del empleo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 específicamente OPEC 34702, a fin de proveerla (Fls. 410-411)

En esta secuencia, si bien el proceso para proveer las vacantes de la convocatoria 433 de 2016 para el empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, OPEC 34702, y específicamente la lista de elegibles en la que participaron las hoy accionantes Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa se surtió, el hecho de que existan no menos de 250 vacantes del mismo empleo de Defensor de Familia, código y grado para el cual las accionantes demostraron su idoneidad al superar el concurso, pero que siguen provistos en provisionalidad por pertenecer a un OPEC diferente (ubicación geográfica), viola el espíritu del artículo 125 de la C.P., que reza:

> "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. (…)".

Desatender lo dispuesto en la Norma Superior sería ignorar que "…*el sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo*

de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza el acceso al empleo público, por lo que debe realizarse en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado."[10]

De otro lado, contraría la definición que de "empleos equivalentes" establece el decreto 1083 de 2015 *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de la Función Pública",* que dispone:

> ***"Empleos equivalentes***. Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente."

Así mismo, debe considerarse que el propósito de la ley 1960 de 2019 "*Por la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones.",* en cuyo contexto se profirió el ya plurimencionado "Criterio Unificado" del 16 de enero de 2020, fue, disponer la utilización de las listas de elegibles existentes para proveer vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad[11], o sea, reglamentar que las plazas que no estaban disponibles para el inicio de la convocatoria puedan ser provistas por el sistema de mérito; la definición de la CNSC al reducir sin fundamento alguno la equivalencia de los cargos a su identidad OPEC (ubicación geográfica) pese a que se trata de una planta global, establece injustificadamente una restricción, arbitraria y contraria a la vocación expansiva ínsita en el sistema de carrera administrativa.

En consecuencia, la solicitud de las accionantes en su calidad de elegibles para el cargo de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, que se inaplique el criterio unificado del 16 de enero de 2020 en el entendido de que sean consideradas para proveer otras vacantes del "mismo empleo" pese a que se encuentren en diferente ubicación geográfica, es decir, diferentes OPEC, es constitucionalmente admisible en razón de lo expuesto en precedencia y además, en razón de existir no menos de 250 vacantes a nivel nacional, tal y como lo señala el oficio No 20201210000048271 del 25 de febrero de 2020 ya reseñado.

En esta línea de pensamiento, no se comparte el criterio del *a quo* que declaró improcedente el amparo solicitado, máxime que a la fecha de presentación de esta demanda[12], la lista de elegibles Resolución No 20182230072735 del 17-07-2018 de la que hacían parte las accionantes, estaba próxima a vencerse,

---

10 T-180 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

11 4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.

12 24 de julio de 2020, Fl. 218

lo que va en contravía con la regla general que busca propender por la ocupación por meritocracia de los cargos a través del sistema de carrera, y más aún, cuando no se encontró probado en el expediente, actuaciones administrativas por parte de las accionadas tendientes al cumplimiento garantista y efectiva de ese deber ser.

Ahora, la Sala no puede ordenar específicamente el nombramiento de las accionantes porque crearía una situación de vulnerabilidad del derecho a la igualdad de quienes como ellas estaban en lista de elegibles y no fueron nombrados, entonces, se revocará la sentencia impugnada y se tutelarán sus derechos fundamentales de las accionantes, aplicando la excepción de inconstitucionalidad consignada en el artículo 4 de la Constitución Política[13]; en consecuencia, se ordenará i) al ICBF que, dentro de los tres días siguientes a la notificación de esta providencia, informe a la CNSC sobre las vacantes existentes, a 31 de julio de 2020,[14] del empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 en cualquier ubicación geográfica; ii) una vez que la CNSC reciba dicha información, procederá dentro de los tres días siguientes, a elaborar una lista de elegibles unificada en estricto orden de mérito, de todas las personas que habiendo superado la Convocatoria No 433 de 2016-ICBF, no fueron nombrados en los empleos Defensor de Familia, Código 2125, Grados 17 de cada una de la OPECS y cuyas listas vencían el pasado 31 de julio de 2020, la que deberá remitir al ICBF dentro de los dos días siguientes; iii) recibida la lista de elegibles unificada por parte del ICBF, éste procederá dentro de los dos (2) días siguientes a publicarla para que los aspirantes escojan sede (ubicación geográfica por Departamentos), vencido dicho término nombrará en estricto orden de mérito, dentro de los 8 días siguientes.

8. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia No 93 del 10 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Cali conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de las señoras Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa.

TERCERO: INAPLÍCAR por inconstitucional, el Criterio Unificado "Uso de las listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019", proferido por la CNSC el 16 de enero de 2020, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

---

13 La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

14 Fecha en la que vencía la vigencia de las listas.

CUARTO: ORDENAR i) al ICBF que dentro de los tres días siguientes a la notificación de esta providencia, informe a la CNSC sobre las vacantes existentes del empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 de las diferentes OPEC; ii) una vez que la CNSC reciba dicha información, procederá dentro de los tres días siguientes, a elaborar una lista de elegibles unificada en estricto orden de mérito, de todas las personas que habiendo superado la Convocatoria No 433 de 2016-ICBF, no lograron ser nombrados en los empleos Defensor de Familia, Código 2125, Grados 17 de cada una de la OPECS, cuyas listas vencían el pasado 30 de julio de 2020, la que deberá remitir al ICBF dentro de los dos días siguientes; iii) recibida la lista de elegibles unificada por parte del ICBF, éste procederá dentro de los dos (2) días siguientes a publicarla para que los aspirantes escojan sede (ubicación geográfica por Departamentos), vencido dicho término nombrará en estricto orden de mérito, dentro de los 8 días siguientes.

QUINTO: NOTIFÍQUESE a las partes la presente decisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 5 del Decreto 306 de 1.992.

SEXTO: REMITIR dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, si no fuere impugnada, el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Providencia discutida y aprobada en Sala Virtual de la fecha, según consta en acta que se entrega a la Secretaría de la Corporación por medios virtuales, atendiendo las circunstancias de salubridad pública que se presentan en el país a raíz del COVID-19.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

ZORANNY CASTILLO OTALORA
Magistrada

ANA MARGOTH CHAMORRO BENAVIDES
Magistrada

VÍCTOR ADOLFO HERNÁNDEZ DÍAZ
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA
SALA QUINTA - MIXTA

Magistrado Ponente: Daniel Montero Betancur

Medellín, quince (15) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Radicado:	**05001 33 33 031 2020 00152 01** acumulado con el proceso **05001 33 33 031 2020 00054 01**
Accionante:	Gustavo Adolfo Pineda Pineda y Wilson Bastos Delgado
Accionado:	Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA y Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC
Naturaleza:	Tutela
Instancia:	Segunda
Asunto:	Acción de tutela frente a acciones y omisiones de la administración en el marco de los concursos abiertos de méritos / Banco Nacional de Listas de Elegibles / vigencia de la ley 1960 de 2019.
Sentencia:	**47**
Decisión:	Revoca decisión / concede amparo
Acta de Sala:	59

La Sala procede a resolver la impugnación presentada por Gustavo Adolfo Pineda Pineda y Wilson Bastos Delgado contra la sentencia proferida el 18 de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno Administrativo de Medellín.

ANTECEDENTES.

1. De la acumulación de procesos en primera instancia.

En auto de 10 de agosto de 2020, el juez de primera instancia ordenó la acumulación de la acción de tutela promovida por Wilson Bastos Delgado contra el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA y la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, la cual se venía tramitando en el Juzgado Décimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, al proceso de la acción de tutela con radicado 05001 33 33 031 2020 00152 00, la cual estaba en trámite en el Juzgado Treinta y Uno Administrativo del Circuito de Medellín.

2. Fundamentos fácticos.

Gustavo Adolfo Pineda Pineda y Wilson Bastos Delgado, actuando en nombre propio, interpusieron acción de tutela sustentada en los siguientes hechos:

2.1.- Mediante acuerdo 20171000000116, de 24 de julio de 2017, la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante CNSC) convocó a proceso de selección las vacantes definitivas de la planta global de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje (en adelante SENA) (convocatoria 436, de 2017).

2.2.- Surtidas las etapas del concurso, se proveyeron todas las vacantes inicialmente convocadas en cada OPEC (Oferta Pública de Empleos de Carrera), incluidas todas las 76 listas o empleos en el cargo de Instructor en Gestión Administrativa.

2.3.- Gustavo Adolfo Pineda Pineda obtuvo una calificación de 82,01 puntos, integrando la lista de elegibles vigente del empleo OPEC 58995 (ubicación geográfica – municipio de Medellín); no obstante, la única vacante de dicho cargo fue ocupada por la persona que tenía mejor derecho.

2.4.- Wilson Bastos Delgado obtuvo una calificación de 81,72 puntos, integrando la lista de elegibles vigente del empleo OPEC 59953 (ubicación geográfica – municipio de Piedecuesta); no obstante, la única vacante de dicho cargo fue ocupada por la persona que tenía mejor derecho.

2.5.- Gustavo Adolfo Pineda Pineda ocupa, en la actualidad, la primera posición en la lista de elegibles del departamento de Antioquia y a nivel nacional.

2.6.- Wilson Bastos Delgado ocupa, en la actualidad, la primera posición en la lista de elegibles del departamento de Santander y la segunda a nivel nacional.

2.7.- Que en la entidad existen 12 vacantes no ofertadas para proveerlas, conforme la ley 1960 de 2019, todas en el mismo empleo y área temática "*instructor en gestión administrativa*", cargo para el cual concursaron los accionantes; no obstante, a pesar de sus altos puntajes (primero y segundo lugar a nivel nacional, en la actualidad), las entidades accionadas no les ofrecieron tales vacantes, pues, ninguna de ellas corresponde a la ubicación geográfica de los municipios en que concursaron (Medellín y Piedecuesta).

2.8.- Que la planta de personal del SENA es global, por su naturaleza de entidad del orden nacional y, según el manual específico de funciones y competencias, el empleo de instructor con código 3010 G 1 al 20, en "*Instructor en Gestión Administrativa*", es uno sólo y el mismo para cualquier ubicación geográfica de los centros de formación.

2.9.- Que en relación con las vacantes definitivas no convocadas que surgieron con posterioridad a la convocatoria de la cual hicieron parte los accionantes, la CNSC expidió, con base en la ley 1960 de 2019, un criterio unificado de 16 de enero de 2020 y la circular externa 1, de 2020, en cuyos documentos establece que tales vacantes deben ser para elegibles del "*mismo empleo*" que incluye la ubicación geográfica, representada en la entidad territorial del municipio de la OPEC donde quedó la vacante, lo que se convirtió en el factor determinante de provisión del empleo, reemplazándose el criterio de mérito.

2.10.- Que en los departamentos de Antioquia y Santander existen vacantes disponibles, entre otras, en las ciudades de Itagüí, Rionegro y Málaga, en el área temática de "*Instructor en Gestión Administrativa*".

2.11.- Que en la ciudad de Armenia (Quindío) existe una vacante definitiva en gestión administrativa que no tiene "*elegibles*", con lo cual, las vacantes definitivas no convocadas serían 13, distribuidas así: 11 vacantes con listas de elegibles en cada ubicación geográfica y 2 vacantes definitivas sin elegibles.

3. Derechos cuya protección se invoca.

En los escritos de tutela, los accionantes afirmaron que las entidades accionadas están vulnerando sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la igualdad y a la dignidad humana y que se transgredieron los principios constitucionales del mérito y la buena fe.

4. Pretensiones.

Como pretensiones en común, los accionantes solicitaron que se tutelen los derechos fundamentales invocados.

Además de lo anterior, se solicitaron las siguientes pretensiones:

- **Gustavo Adolfo Pineda Pineda** solicitó: i) ordenar al Director General del SENA que realice ante la CNSC una nueva solicitud de autorización de uso de listas de elegibles, conforme lo dispuesto en el artículo 11 de la ley 909 de 2004, permitiéndose el uso de la lista de elegibles a nivel departamental, respecto de la vacante identificada con el IDP 5542, en Gestión Administrativa en el centro diseño confección y moda, OPEC 60884 del municipio de Itagüí y, la vacante identificada con el IDP 1168, en Gestión Administrativa en el centro de la innovación, la agroindustria y la aviación, OPEC 60895, ii) ordenar a la CNSC que realice el estudio técnico de similitud funcional del empleo OPEC 58995 y iii) ordenar al SENA que, una vez realizado lo anterior, proceda con el estudio de cumplimiento de requisitos mínimos del actor y, de encontrarlo ajustado a la normatividad vigente, proceda dentro del término de ley con su posesión en período de prueba, en una de las vacantes definitivas no convocadas.

De manera subsidiaria, solicitó: i) que se ordene asignar todas las vacantes definitivas no convocadas, mediante lista general, conforme se asignaron las de los empleos declarados desiertos y ii) que las vacantes definitivas no convocadas, y aquellas que lleguen a surgir en la vigencia de las listas actuales, no sean sometidas a nuevo concurso.

- **Wilson Bastos Delgado** solicitó: i) ordenar al Director General del SENA que realice ante la CNSC una nueva solicitud de autorización de uso de listas de elegibles, en la que se incluya la lista OPEC 59953, para proveer, según posición de mérito y cumplimiento de requisitos mínimos, el cargo de instructor código 3010 G 1 del área de gestión administrativa, en una de las vacantes definitivas no convocadas del sistema general de carrera administrativa, identificadas en la planta global del SENA con los IDP 5542, 3506, 4205, 4519, 2870, 4527, 1168, 8699, 5215 5934, 7137 y 3940 y las que llegaren a surgir en vivencia de la lista de elegibles OPEC 59953 ii) ordenar a la CNSC que realice el estudio técnico de similitud funcional del empleo OPEC 59953 con las vacantes definitivas, no convocadas, relacionadas en el punto anterior y de ser viable, remita autorización de uso de lista de elegibles de la OPEC 59953, que integra el actor y iii) ordenar al SENA que, una vez recibida la autorización de uso de lista de la OPEC 59953, realice el estudio de cumplimiento de requisitos mínimos del actor y, de encontrarlo ajustado a la normatividad vigente, proceda dentro del término contemplado en la ley con su posesión, en período de prueba, en una de las vacantes definitivas no convocadas.

De manera subsidiaria, solicitó que la vacante definitiva, no convocada, identificada con el IDP 4527, ubicada en el centro agroempresarial y turístico de los Andes, en Málaga (Santander), en vez de ser llevada a concurso, se le solicite a la CNSC que autorice el uso de la lista de elegibles de las OPEC en Santander para esta vacante, y se le ordene a la CNSC, realizar el estudio técnico y remitir al SENA la autorización del uso de la lista de elegibles y su posición de mérito y cumplimiento de requisitos, para que el actor sea nombrado en período de prueba.

5. Actuación procesal de primera instancia.

La solicitud fue repartida al Juzgado Treinta y Uno Administrativo del Circuito de Medellín, cuyo titular la admitió contra el SENA y la CNSC, por medio de auto de 5 de agosto de 2020 y les concedió dos (2) días para presentar su informe sobre los hechos, según lo previsto por el artículo 19 del decreto 2591 de 1991.

Posteriormente, en auto de 10 de agosto de 2020, se acumuló a este proceso la acción de tutela promovida por Wilson Bastos Delgado contra el SENA y la CNSC, la cual se venía tramitando en el Juzgado Décimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga.

6. La oposición a la acción de tutela.

6.1. En la oportunidad concedida por el juzgado de primera instancia, el **SENA** indicó que las listas de elegibles de las cuales hacen parte los accionantes quedaron en firme en marzo de 2019, es decir, hace mas de 15 meses, por lo cual no se cumple con el requisito de la inmediatez.

De otro lado, afirmó que los accionantes cuentan con otros medios de defensa judicial para controvertir las decisiones adoptadas por el SENA y la CNSC, las cuales se expresan en actos administrativos, por lo que se debió haber demandado dichas decisiones a través de los medios de control dispuestos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo; ello, teniendo en cuenta que la acción de tutela es un mecanismo excepcional que brinda protección inmediata a los derechos constitucionales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción de cualquier autoridad pública, pero de ninguna manera se establece como acción que pueda ser sustitutiva de las acciones ordinarias que se ejercen ante las autoridades jurisdiccionales competentes.

Que los accionantes fueron advertidos en la preinscripción que solo podían inscribirse a una sola OPEC y que bajo su responsabilidad debían consultar los empleos a proveer mediante el concurso de méritos, por cuanto, las sedes de trabajo de cada uno de los empleos vacantes, estarían determinadas por la OPEC, la cual formaría parte integral de la convocatoria, situaciones y reglas del proceso que fueron aceptadas al momento de la inscripción.

Refirió que, de accederse a lo pretendido por los accionantes de elaborar una lista de elegibles única con los cargos declarados desiertos a nivel nacional para el cargo ofertado "Instructor, grado 1, de SENA", se desconocerían las reglas del concurso señaladas en la convocatoria; además, no tendría validez, teniendo en cuenta que cada OPEC tiene un núcleo básico de conocimiento diferente y una experiencia específica y, se vulnerarían los derechos de las demás personas que participaron en dicha convocatoria bajo los códigos OPEC diferentes.

Agregó que, el parágrafo del artículo 2.2.5.3.2. del decreto 1083 de 2015, establece que las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, durante su vigencia, solo pueden ser utilizadas para proveer de manera especifica las vacantes 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.

6.2. Por su parte, la **CNSC** señaló que la presente acción de tutela no tiene la virtud de acreditar los supuestos del perjuicio irremediable al que pudieran verse enfrentados los accionantes, circunstancia que funge como requisito sine qua non para promover la presente acción constitucional, a fin de cuestionar actos de naturaleza administrativa. Así, en punto al problema jurídico, surge diáfano que la acción de tutela no cumple con el presupuesto de la subsidiariedad, de tal manera que, no sería posible adentrarse al fondo de la controversia para verificar si la negativa de acudir a la lista de elegibles para proveer nuevas vacantes, quebrantó los derechos fundamentales invocados por los accionantes.

Refirió que los lineamientos dispuestos en la ley 1960 de 2019 aplica solo a los procesos de selección aprobados por la Sala Plena de Comisionados de la CNSC, con posterioridad a su entrada en vigencia, extensible también al uso de sus listas de elegibles, por lo que no es procedente aplicar la retrospectividad de la ley 1960 de 2019, en el caso objeto de estudio, en atención a que dicho fenómeno solo procede

"*frente a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa*", situación que no se da en el sub judice, comoquiera que, estamos en presencia de un hecho consolidado, pues, las etapas del concurso de mérito ya se encuentran agotadas.

Manifestó que no se pueden identificar dos empleos como equivalentes si no hacen parte del mismo grupo de referencia, ya que no son compatibles, dado que no se cumplen las mismas condiciones en la calificación de las diferentes pruebas aplicadas, precisándose que para que un aspirante pueda formar parte de una lista distinta a la del empleo (OPEC) al que se presentó, es indispensable que los resultados de los aspirantes se hayan obtenido con las mismas pruebas, en las mismas condiciones de calificación y con el mismo valor ponderado frente a la nueva OPEC a que se quiere incorporar su resultado, pues, de no garantizarse estas condiciones, los puntajes entre aspirantes de OPEC distintas, no serían comparables entre sí y no habría forma de organizarlos en orden jerárquico, debido a que las listas darían cuenta de méritos que son disímiles.

En lo que tiene que ver con Gustavo Adolfo Pineda Pineda, indicó que el SENA no ha reportado vacantes adicionales a las ofertadas en el marco de la convocatoria 436 de 2017, que cumpla con el criterio de "mismo empleo"; además, precisó que el actor ocupó la posición 2 en la lista de elegibles, sin poder ocupar la vacante disponible para el cargo que aspiró, por lo cual, se encuentra sujeto a la vigencia y tránsito habitual de la lista de elegibles, cuya movilidad depende de las situaciones administrativas que puedan ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.

Respecto de Wilson Bastos Delgado, manifestó que ocupó la posición 2 en la lista de elegibles, sin poder ocupar la vacante disponible para el cargo que aspiró; además, respecto de la petición que sea nombrado en uno de los empleos identificados con el IDP 5542, 3506, 4205, 4519, 2870, 4527, 1168, 8699, 5215, 5934, 7137 y 3940 que surgieron con posterioridad a la convocatoria, en aplicación del criterio de equivalencia de los cargos, la entidad indicó que dicha solicitud no procede en este caso, comoquiera que ello sólo es viable para aquellas listas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019.

6.3. El **Ministerio Público** emitió concepto, en el cual, luego de hacer un recuento normativo y jurisprudencial en relación con la carrera administrativa y la provisión de cargos vacantes a través de concursos de méritos, señaló que, en principio, las listas de elegibles solo pueden utilizarse para proveer cargos que no fueron inicialmente objeto de convocatoria, cuando dicha regla se encuentre prevista en la ley especial que regula el concurso de méritos o en la convocatoria, ello conforme a que las reglas señaladas en las convocatorias son inmodificables, en razón a los principios constitucionales de buena fe y confianza legítima.

No obstante, manifestó que no puede desconocerse que el desarrollo normativo de la ley 909 de 2004 da cuenta de la intención del legislador de proveer los cargos vacantes de las entidades públicas mediante la utilización de las listas de elegibles vigentes de las respectivas convocatorias, en razón al principio constitucional de mérito, el cual implica que el ingreso, permanencia y ascenso dentro de la función pública está sustentado en el mérito o las capacidades del aspirante, buscando construir una administración pública sólida, capaz de enfrentar los retos que la dirección y administración de las distintas áreas de lo público plantean, lo cual solo se logra cuando ésta se encuentra en cabeza de las personas idóneas, desde la perspectiva académica, técnica, moral y operativa, idoneidad que es objeto de demostración y evaluación, por medio de los concursos públicos.

Señaló que, de entenderse improcedente la utilización de las listas de elegibles vigentes para proveer cargos de carrera vacantes que no fueron ofertados inicialmente, pero, que son equivalentes, se daría al traste con el derecho a la igualdad respecto de los participantes que pueden optar por vacantes definitivas que resulten de listas de elegibles conformadas por un número inferior de aspirantes o aquellas cuyo concurso fue declarado desierto o frente a participantes de convocatorias que se ejecutaron en vigencia del decreto 1227 de 2005 y la ley 1960 de 2019.

Refirió que no se entiende el trato diferenciado entre las personas que se encuentran en listas de elegibles para suplir cargos públicos en convocatorias reguladas por la ley 909 de 2004, respecto de cargos vacantes no convocados y su aplicación en empleos equivalentes, toda vez que se encuentran en igual supuesto de hecho; además, con ello no se persigue un fin aceptado constitucionalmente, pues por el contrario se contraviene el principio de mérito y la diferenciación no resulta proporcionada en la medida que algunos participantes no podrían acceder a

ocupar un cargo de carrera cuando superaron satisfactoriamente todas las etapas del concurso y existen empleos equivalentes sin proveer.

6.4. En el auto admisorio de la acción de tutela, el juez de primera instancia vinculó al presente trámite constitucional, como terceros interesados a: i) los integrantes de las listas de elegibles de la convocatoria 436, de 2017, del SENA, para proveer los cargos de instructor en gestión administrativa, ii) los elegibles en el área temática de gestión administrativa y que ya fueron notificados de la autorización que la CNSC remitió de uso de listas de elegibles y iii) los funcionarios que en provisionalidad ocupen empleos de instructor.

En el trámite de la acción de tutela, se presentaron ante el juzgado de primera instancia las intervenciones de las siguientes personas: Néstor Tarsicio Pascuas Lequizamo, Lisbeth Paola García Portala, Nancy Yamile Rodríguez Suárez, Martha Yaneth Ferrer Cárdenas, Lisbeth Paola García Portala, Genaro Ruíz Ríos, Edinson Enrique Pérez Yepes, Marco Tulio Barrero Tique, David Londoño González, Andrés Alberto Gutiérrez, Carlos Enrique Parra, Jaime Alberto Castrillón Castrillón, César Augusto Serrano Rodríguez, Judith Feria Díaz, Ana Jakeline Díaz Muñoz, Andrea Josefina Gutiérrez Sánchez, Judith Jazmín Dussan Prieto, Edilia Restrepo Bustamante, Orlando Antonio Alcendra Moscote, Ana Milena Peña Dávila, Talía Pérez Mendoza, Carlos Enrique Parra Rodríguez y Consuelo Herrera García.

Los intervinientes manifestaron que se encontraban en la misma situación fáctica de los accionantes y, por tal razón, coadyuvaron las pretensiones de los actores, en el sentido de que se garanticen los principios de mérito e igualdad, sobre el elemento de "ubicación geográfica".

Solicitaron que las vacantes definitivas no convocadas y las que llegaren a surgir en vigencia de las listas de elegibles actuales, no sean sometidas a un nuevo concurso de mérito, sino que, se asignen, por lista general, conforme se asignaron las de los empleos declarados desiertos.

7. La sentencia impugnada.

El Juzgado Treinta y Uno Administrativo del Circuito de Medellín, mediante sentencia de 18 de agosto de 2020, negó el amparo de los derechos fundamentales invocados, para lo cual señaló, en primer lugar, que en el asunto de la referencia se cumplen los

requisitos de legitimación en la causa, inmediatez y subsidiariedad, lo cual permite estudiar de fondo lo pretendido por los accionantes.

De otro lado, señaló que no existe vulneración a derecho fundamental o principio constitucional alguno cuando la autoridad correspondiente se abstiene de proveer con dicho acto, empleos no ofertados, salvo que exista norma especial que así lo permita, puesto que es potestad del legislador o de la entidad convocante señalar en la ley o en las reglas que regirán el concurso de méritos, respectivamente, que la lista que se configure servirá para proveer las vacantes que se lleguen a presentar en vigencia de la lista para empleos de la misma naturaleza y perfil.

Agregó que, contrario a lo dicho por los accionantes, para este caso no es posible dar aplicación al parágrafo del artículo 11 de la ley 909 de 2004[1], por cuanto tal potestad fue eliminada del ordenamiento jurídico y, además, las normas propias del concurso no contemplaron dicha posibilidad de "*departamentalizar*" las listas de elegibles.

Señaló que lo dispuesto en el artículo 7 de la ley 1960 de 2019 no es aplicable a la convocatoria 436 de 2017, pues las listas de elegibles que conforman los accionantes fueron establecidas mediante las resoluciones 20182120192835, de 24 de diciembre de 2018 y 20192120011295, de 26 de febrero de 2019, esto es, antes de 27 de junio de 2019, fecha de entrada en vigencia de la ley 1960 de 2019.

Refirió que la CNSC, mediante criterio unificado "*Uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019*", de 16 de enero de 2020, estableció que las listas de elegibles en firme con anterioridad a la vigencia de la ley 1960 de 2019, siguen las reglas previstas antes de la mencionada ley y de los lineamientos establecidos en los acuerdos de convocatoria, en virtud del principio de la ultractividad de la ley.

---

[1] **Artículo 11. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa.** En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:

…

Parágrafo. El Banco Nacional de lista de elegibles a que hace alusión el presente artículo será departamentalizado y deberá ser agotado teniendo en cuenta primero la lista del departamento en donde se encuentre la vacante".

Así mismo, el juez de primera instancia expuso lo siguiente (se transcribe de forma textual):

> "De ahí que, para el Despacho no exista violación a los derechos fundamentales de los actores, pues las entidades accionadas han actuado de conformidad con las normas vigentes, respetando el debido proceso y las normas que rigen el concurso en particular. Así, las vacantes deben ser provistas en estricto orden del Decreto 1083 de 2015, esto es, i) con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial; ii) 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; iii) con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial; iv) 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. Y si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.
>
> "Ello también, en virtud del principio de confianza legitima que rige los concursos, toda vez que entre los empleos vacantes, cuya provisión solicitan los actores, se encuentran empleos con listas autorizadas que no fueron objeto de recurso y que tienen una expectativa a ser nombrados, como es el caso de la OPEC 60895, para el cual la CNSC autorizó la lista de elegibles, con el señor Paulo Augusto Castaño, que ocupa la posición No. 3 en la lista, conformada mediante Resolución 20182120182955 del 24 de diciembre de 2018, con un puntaje de 53.38, a quien le asiste el derecho de ser nombrado en el cargo para el que concursó.
>
> "En las circunstancias del caso, no puede ser que una persona que aspiró a una vacante en un territorio específico, por razones personales, de conveniencia, o de oportunidad, que no pudo ocupar el único o alguno de los varios cargos ofertados en ese territorio, dada su posición (3ro en la lista para 2 vacantes), pero que continúa integrando la lista de ese mismo territorio con la primera opción en caso de que se genere una vacancia definitiva, o por la creación de una nueva plaza, vea frustrada esa legítima opción con el advenimiento de otro concursante que de inicio desestimó la circunscripción territorial.
>
> …
>
> "Ahora, de vuelta al asunto que ocupa el juicio, y, frente al contraargumento ofrecido por el Ministerio Público, en el que expone que la improcedencia de la utilización de las Listas de Elegibles vigentes para proveer cargos de carrera vacante que no fueron ofertados inicialmente, pero que son equivalentes, daría al traste con el derecho a la igualdad, respecto a los participantes que pueden optar a vacantes definitivas que resulten de listas de elegibles conformadas por un número inferior de aspirantes o aquellas cuyo concurso fue declarado desierto, o frente a participantes de convocatorias que se ejecutaron en vigencia del Decreto 1227 de 2005 y la Ley 1960 de 2019, precisa el Despacho, que la igualdad sólo se predica entre quienes se encuentran en situaciones similares o también iguales; de ahí que, al tratarse de normas y casos que no son idénticos, no se observa vulneración al derecho a la igualdad: No existía en la convocatoria, ni para cuando esta se expidió, norma expresa que habilitara esa posibilidad, para el caso específico en que se trate de empleos ubicados en territorio distinto de aquél al que aplicaron los concursantes".

7. La impugnación.

Dentro del término concedido, los accionantes impugnaron el fallo proferido por el juez de primera instancia, con fundamento en los siguientes argumentos.

Gustavo Adolfo Pineda Pineda señaló que el juez de primera instancia se apartó del precedente judicial, respecto del uso de las listas de elegibles frente a los cargos declarados desiertos de la convocatoria 436, de 2017, lo cual, además, va en contravía de las políticas públicas del Estado en el nuevo Plan Nacional de Desarrollo (artículo 263 de la ley 1955 de 2019), tendiente a reducir la provisionalidad en el empleo público.

Agregó que es de obligatorio cumplimiento por parte de la CNSC crear el banco de lista de elegibles de cada convocatoria para proveer los cargos declarados desiertos y los cargos temporales que tengan vacancias definitivas o que se creen de manera posterior a la firmeza de las listas de elegibles vigentes.

Así mismo, manifestó lo siguiente:

> "Teniendo en cuenta lo anterior y si se le va a dar aplicación al Decreto 1834 de 2015 para que sea procedente muy respetuosamente se informa que las primeras tutelas con la misma situación FACTICA Y JURIDICA contra el SENA y LA CNSC por la convocatoria 436 de 2017 el despacho judicial que primero tuvo conocimiento de la tutela fue: el JUZGADO 002 ADMINISTRATIVO DE CUCUTA mediante la tutela No 54001333300220200010500
>
> …
>
> "Pido que se tenga en cuenta este precedente judicial en cuanto a la acumulación de las tutelas, y para que se revoque el fallo y se me protejan mis derechos fundamentales, o se le de Nulidad a todo lo actuado y se acumule mi acción de tutela a la del JUZGADO 002 ADMINISTRATIVO DE CUCUTA mediante la tutela No 54001333300220200010500".

Por su parte, **Wilson Bastos Delgado** hizo alusión a una providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para señalar que con las listas de elegibles vigentes se pueden proveer cargos diversos a los que fueron ofertados, cuando estos sean de la misma naturaleza, perfil y denominación y, además, tengan similitud funcional, los cuales deberán ser ocupados en orden descendente.

Señaló que las vacantes no convocadas de "*Instructor en Gestión Administrativa*", a las que se hace alusión en esta tutela, cumplen con los presupuestos fácticos que logran determinar la similitud funcional con los empleos inicialmente provistos (OPEC

59953 y OPEC 58995), lo que generó a favor de los aquí accionantes, una expectativa legítima para acceder al cargo público de méritos.

Agregó, además, lo siguiente:

> "Así las cosas, lo que ha solicitado el actor en las pretensiones de la tutela es precisamente buscar el amparo constitucional para proteger sus derechos fundamentales incoados y poder acceder a una vacante definitiva en carrera administrativa, en período de prueba, en uso de la lista de elegibles vigente de que hace parte después de haber sido seleccionado en un riguroso concurso de méritos en el que participó y compitió en igualdad de condiciones con elegibles de otros empleos con similitud funcional, para acceder a un cargo de idéntico grado y denominación que yace en vacancia definitiva, no convocado y equivalente conforme determinó la ley 1960 de 2019, pero del que sustancialmente es la premisa mayor que persigue el constituyente en su artículo 125 superior. Posibilidad que de brindarse el amparo constitucional solicitado en marco de la protección de sus derechos fundamentales le permitirá al actor acceder de acuerdo a como se agote el orden de provisión establecido en el Decreto 1083 en comento, numeral 4 artículo 2.2.5.3.2., modificado por el artículo 1 el decreto 498 del 30 de marzo de 2020, donde al ser sometido el actor a la posición de mérito, y cumplimiento de requisitos, no vulnera derechos de los ya posesionados en período de prueba en los empleos inicialmente provistos, ni vulnera el acuerdo de convocatoria, ni vulnera la Constitución, pues no se trata de un mecanismo de ingreso automático a la función pública arbitrario e inconsulto y tampoco nada que por sus méritos no merezca y favorezca especialmente los fines del Estado.
>
> "Deviene conforme a lo señalado en el artículo 53 de la Constitución Política, aplicar en el caso bajo examen la situación más favorable al trabajador consistente en retrospectividad, utilizar la lista de elegibles vigente de la OPEC 59953 que integra el actor, para proveer las vacantes definitivas no convocadas de instructor código 3010, en Gestión Administrativa. Considera respetuosamente el actor que posiblemente se equivoca la CNSC en tal apreciación al determinar que la ley 1906 de 2019 no aplica al caso concreto por ser posterior a la convocatoria y no sería acertada la interpretación que parece darle la accionada en el sentido de que utiliza un concepto en virtud de la ultractividad de la ley 1960 de 2019, para el caso concreto, porque se apartan las accionadas y el respetado Juez de la retrospectividad de la ley, que permite que en tránsito de una ley, existiendo unas listas de elegibles vigentes las cuales dentro de la misma convocatoria 436 de 2017, no han consolidado ningún efecto jurídico, son una mera expectativa, que en el momento que se suceda esta provisión de las vacantes definitivas convocadas, se aplica la ley vigente, ley 1960 de 2019.
>
> "Una cosa es que la ley sea posterior a la convocatoria 436, la cual ya concluyó con unos derechos adquiridos que se materializaron en los nombramientos en período de prueba y otra cosa distinta son las listas de elegibles que como bien lo ha manifestado la misma CNSC, no ostentan un derecho adquirido y relativamente lo ha manifestado que son una mera expectativa, por lo que en tránsito de la ley 1960 de 2019, estas listas tienen vigencia, y la provisión de las vacantes definitivas se están generando con la autorización de uso de listas de elegibles para empleos no convocados expedida por la CNSC el 15 de julio de 2020, conforme se relató en el acápite de los hechos y en vigencia de la ley 1960 en comento, la que le es aplicable".

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. La competencia.

Este Tribunal es competente para conocer la impugnación del fallo proferido el 18 de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno Administrativo del Circuito de Medellín, de conformidad con el artículo 32 del decreto 2591 de 1991.

2. Problema Jurídico.

A esta Sala le corresponde determinar si la decisión de primera instancia estuvo ajustada a los parámetros constitucionales y legales. Para el efecto, se analizará si se encuentra ajustada a derecho, la decisión adoptada por las accionadas de no autorizar el uso de las listas de elegibles que integran los accionantes, para proveer los cargos en vacancia definitiva o no convocados, en el área temática de gestión administrativa, en los cargos con similitud funcional, particularmente para las OPEC 58995 y 59953, sea a nivel departamental o nacional.

***3.* La acción de tutela: marco jurisprudencial y legal.**

La acción de tutela es un mecanismo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política para brindar la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, frente a acciones u omisiones que amenacen su garantía y que le sean imputables a cualquier autoridad pública o, en ciertos casos, a particulares.

La tutela permite acudir a las autoridades judiciales para que estas tomen las medidas encaminadas a la protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados, a través de un trámite procesal sui generis, desprovisto de ritualismos, sumario y preferente.

Debido a su carácter subsidiario, este recurso de amparo solo procede como mecanismo principal de defensa cuando, a pesar de existir medios ordinarios, estos no resultan eficaces ni idóneos para proteger el derecho vulnerado o su agotamiento supone una carga procesal excesiva para quien padece su violación; en cambio, resulta procedente como mecanismo de protección transitorio, cuando el accionante se encuentra ante el riesgo de un perjuicio irremediable, evento en el cual tiene la carga de argumentar y demostrar su inminencia y, además, probar que ha realizado

acciones positivas para adelantar el mecanismo ordinario de defensa tendiente a conjurarlo definitivamente.

3.1. La procedencia de la acción de tutela en el marco de concursos de mérito para cargos públicos de carrera.

La jurisprudencia constitucional ha identificado las dimensiones del derecho al acceso a los cargos públicos que entran en la órbita de protección del juez constitucional, cuando se demuestra que los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico no resultan idóneos para su protección o que la inminencia de un perjuicio irremediable torna procedente transitoriamente la protección que imparte este medio de defensa. Al respecto, la sentencia SU-339 de 2019 señala (se transcribe textual, como aparece en la providencia en cita):

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

Además, la Corte ha establecido claramente que "*en casos en los que está en discusión el hecho de si el actor cumple o no con los requisitos para acceder al cargo, es posible proteger otra faceta de dicho derecho: la garantía de que los cuestionamientos en torno al nombramiento y a la posesión se hagan respetando plenamente los procedimientos previstos para ello en la ley*"[1].

En el presente asunto, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para encausar las pretensiones de los accionantes, comoquiera que no se cuestiona la validez del concurso de méritos o las providencias proferidas en desarrollo del mismo, sino que, se alega que a pesar de cumplir con los requisitos establecidos para ocupar los cargos que en la actualidad se encuentran vacantes, las entidades accionadas no han permitido que los accionantes ocupen tales cargos, porque los cargos vacantes no fueron ofertados en la convocatoria a la cual participaron.

Con base en estos supuestos, pasará a resolverse el problema jurídico planteado.

4. De la solicitud de acumulación formulada por Gustavo Adolfo Pineda Pineda en la impugnación.

Previo a resolver de fondo el problema jurídico planteado, la Sala considera necesario pronunciarse en relación con la solicitud formulada por Gustavo Adolfo Pineda Pineda, en el sentido de que se declare la nulidad de lo actuado en este proceso y se acumule a la acción de tutela con radicado 54001 23 33 002 2020 00105 00, la cual se tramita en el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cúcuta, pues, según el actor, dicha tutela guarda similitud fáctica y jurídica a las de la referencia y, fue la primera en presentarse.

En lo que tiene que ver con la acumulación de tutelas masivas, el artículo 2.2.3.1.3.1. del decreto 1834, de 2015, dispone lo siguiente:

> "**Artículo 2.2.3.1.3.1. Reparto de acciones de tutela masivas**. Las acciones de tutela que persigan la protección de los mismos derechos fundamentales, presuntamente amenazados o vulnerados por una sola y misma acción u omisión de una autoridad pública o de un particular se asignarán, todas, al despacho judicial que, según las reglas de competencia, hubiese avocado en primer lugar el conocimiento de la primera de ellas.
>
> "A dicho Despacho se remitirán las tutelas de iguales características que con posterioridad se presenten, incluso después del fallo de instancia.
>
> "Para tal fin, la autoridad pública o el particular contra quienes se dirija la acción deberán indicar al juez competente, en el informe de contestación, la existencia de acciones de tutela anteriores que se hubiesen presentado en su contra por la misma acción u omisión, en los términos del presente artículo, señalando el despacho que, en primer lugar, avocó conocimiento, sin perjuicio de que el accionante o el juez previamente hayan podido indicar o tener conocimiento de esa situación".

Conforme la norma en cita, la acumulación de tutelas masivas solo procede cuando las acciones de tutela persigan la protección de los mismos derechos fundamentales, presuntamente amenazados o vulnerados por "*una sola y misma acción*".

En razón de lo anterior, la Sala considera que en el presente asunto no se dan los presupuestos para la acumulación de la tutela de la referencia a la del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cúcuta, pues no se está alegando que la violación de derechos fundamentales tenga origen en una decisión (acción u omisión) que afecte a todos los participantes del concurso, sino que se está alegando la existencia de una vulneración a partir de la renuencia, por parte de las entidades accionadas, de proveer algunos cargos vacantes con las listas de

elegibles de las cuales hacen parte los actores, decisión que solo afecta directamente los derechos constitucionales fundamentales de los acá accionantes, a pesar de que la decisión que se adopte pueda tener un efecto reflejo en relación con los demás integrantes de la lista de elegibles.

Así las cosas, se negará la solicitud formulada por Gustavo Adolfo Pineda Pineda y se procederá a resolver de fondo las impugnaciones presentadas contra el fallo de primera instancia.

5. Análisis de la impugnación.

En el caso concreto está probado que, mediante acuerdo 20171000000116 del 24 de julio de 2017, modificado por los acuerdos 20171000000146 del 5 de septiembre de 2017, 20171000000156 del 19 de octubre de 2017 y 20181000000876, de 19 de enero de 2018 y aclarado por el 20181000001006, de 8 de junio de 2018, la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a un concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje. Entre los empleos ofertados, en la que pasó a llamarse la Convocatoria 436 de 2017-SENA, se encontraban los siguientes:

- El empleo identificado con código OPEC 58995, denominado Instructor, Código 3030, Grado 1, para el cual se ofertó una vacante ubicada en el municipio de Medellín.

- El empleo identificado con código OPEC 59953, denominado Instructor, Código 3030, Grado 1, para el cual se ofertó una vacante ubicada en el municipio de Bucaramanga.

Gustavo Adolfo Pineda Pineda participó en el concurso de méritos para ocupar el cargo identificado con código OPEC 58995; no obstante, al haber ocupado el segundo lugar en la lista de elegibles, no pudo acceder a dicho cargo, pues, fue designada la persona que tenía mejor derecho que él.

Igual situación le ocurrió a Wilson Bastos Delgado, quien participó en el concurso de méritos para ocupar el cargo identificado con código OPEC 59953; sin embargo, al haber ocupado el segundo lugar en la lista de elegibles, no pudo acceder a dicho cargo.

En la actualidad, Gustavo Adolfo Pineda Pineda y Wilson Bastos Delgado ocupan el primer lugar en las listas de elegibles de los cargos a los cuales aspiraron y, el primero y segundo lugar, respectivamente, a nivel nacional.

Ahora bien, los accionantes solicitan en la presente acción de tutela que se ordene a las entidades accionadas autorizar la conformación de lista de elegibles a nivel departamental o nacional, para las vacantes que a la fecha se encuentran como "*no convocadas*" en el cargo de instructor en el área de Gestión Administrativa, incluyendo las listas de elegibles de las OPEC de las cuales hacen parte.

Uno de los argumentos que exponen los accionantes, es que los cargos que se encuentran como "*no convocados*" cumplen con los presupuestos fácticos que logran determinar la similitud funcional con los empleos inicialmente provistos (OPEC 59953 y OPEC 58995), lo que genera a su favor una expectativa legítima para acceder al cargo público de méritos.

Al respecto, la Sala no puede dejar de advertir que la discusión se presenta sobre el procedimiento que regula la conformación del Banco Nacional de Listas de Elegibles, puesto que los accionantes consideran que tienen una expectativa legítima de ser incluidos en la lista de elegibles que debe conformarse para cubrir los cargos vacantes no convocados.

Lo primero que se advierte es que el orden contenido en el artículo 7.6 del decreto 1227 de 2005[2] para la provisión definitiva de los empleos de carrera fue suprimido por el decreto 1894 de 2012 y permaneció excluido en el decreto 648 de 2017, que es la reglamentación aplicable a este caso, compilada en la redacción actual del decreto 1083 de 2015 y que, además, derogó el artículo 33 del decreto 1894 de 2012, donde se establecía el deber de "*utilizar las listas de elegibles en estricto orden descendente para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo, en empleos equivalentes o de inferior jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel*". En contraste con esto, el decreto 1894 de 2012, tras su modificación por el decreto 648 de 2017, señala en el parágrafo primero de su artículo 1 que las listas de elegibles "*sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen*

[2] "**Artículo 7°. Modificado por el art 1, Decreto Nacional 1894 de 2012**. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

"… 7.6. Con la persona que haga parte del Banco de Lista de Elegibles, de acuerdo con el reglamento que establezca la Comisión Nacional del Servicio Civil".

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".

La reglamentación del Banco Nacional de Listas de Elegibles contenida en el acuerdo 159 de 2011 disponía en su artículo 22 que la CNSC, "*aplicando la definición de empleo equivalente*" podía autorizar a las entidades que reportaran vacantes en empleos ofertados en un concurso específico, proveerlas mediante el uso de listas de elegibles de otros empleos equivalentes, siempre que el elegible cumpliera con los requisitos del empleo a proveer y que así lo certificara la CNSC, a través del Estudio Técnico de equivalencias. Esta disposición fue derogada por el acuerdo 562 de 2016 que, en su lugar, dispuso en su artículo 25 que "*los empleos cuyos concursos han sido declarados desiertos por la CNSC, serán provistos de manera definitiva, siguiendo el orden de prioridad de que trata el artículo 1 ° del Decreto 1894 de 2012*", lo que nuevamente remite a la prohibición contenida en el parágrafo primero de esta última normativa de usar las listas de elegibles para proveer vacantes en empleos distintos, así tengan similitud funcional. En concordancia con dicha normativa, de rango superior, es que debe interpretarse el alcance actual de los artículos 20 y 22 del acuerdo 562 de 2016.

En consecuencia, conforme la normatividad relacionada frente al uso del Banco Nacional de Listas de Elegibles, se puede concluir que no le asiste razón a los accionantes cuando solicitan la conformación de lista de elegibles a nivel departamental o nacional, para las vacantes que a la fecha se encuentran como "*no convocadas*".

Ahora bien, otro de los argumentos expuestos por los accionantes es que, en virtud del artículo 53 de la Constitución Política[3], en el presente caso debe acudirse a la condición mas favorable para los accionantes, esto es, aplicar lo dispuesto en la ley 1960 de 2019, la cual permite la conformación de lista de elegibles a nivel

[3] "**Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo**. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

"Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad".

departamental o nacional, para ocupar cargos con similitud funcional a los empleos inicialmente provistos, para este caso, las OPEC 59953 y 58995.

Al respecto, es de señalar que el artículo 6 de la ley 1960 de 2019, "*Por la cual se modifican la ley 909 de 2004, el decreto ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones*" dispone lo siguiente:

> "**Artículo 6**. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:
>
> "**Artículo 31**. El proceso de selección comprende:
> "1. (…)
>
> "2 (…)
>
> "3 (…)
>
> "4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad".

De la lectura de la norma se colige que con las listas de elegibles que surjan de los concursos de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y aquellas definitivas en cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso, es decir, de la lectura de la norma se podría concluir que le asiste razón a los accionantes cuando afirman que las vacantes "*no convocadas*" pueden ocuparse a partir de listas de elegibles que se conformen, ya sea de orden departamental o nacional, pues, la norma no hace una distinción geográfica ni temporal, en cuanto a las listas que se encontraren vigentes antes de la expedición de la ley 1960 de 2019.

Ahora bien, el argumento de las entidades accionadas para cuestionar la aplicación de la ley 1960 de 2019 en este caso, es que el artículo 7 de dicha norma[4] estableció que la vigencia de la ley regía a partir de su publicación, esto es, el 27 de junio de 2019, por lo cual, como las listas de elegibles de las cuales hacen parte los accionantes fueron conformadas mediante las resoluciones 20182120192835, de 24 de septiembre de 2018 y 20192120011295, de 26 de febrero de 2019, no les son aplicables las disposiciones de la ley 1960 de 2019.

[4] "**Artículo 7.** La presente Ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias".

Mediante documento denominado Criterio Unificado "*Uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019*", la CNSC estableció que a las listas de elegibles que quedaron en firme con anterioridad a la vigencia de la ley 1960 de 2019, les son aplicables las reglas previstas antes de la modificación de la ley 909 de 2004 y las que se hubiesen previsto en los acuerdos de convocatoria, en virtud del principio de ultractividad de la norma. Al respecto, en dicho documento se dijo lo siguiente:

> "En virtud de los apartes jurisprudenciales en cita y teniendo en cuenta que el concurso está integrado para diferentes actos administrativos iniciando con el de convocatoria al proceso de selección y culminando con el de evaluación del periodo de prueba, se concluye que las convocatorias para proveer vacantes definitivas de empleos de carrera, iniciadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, deberán agotar el procedimiento conforme a las reglas previamente establecidas en la convocatoria y en las normas que le sirvieron de sustento, con el fin de garantizar seguridad jurídica a las entidades y a los aspirantes. Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así coma aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.
>
> "De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNJSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC-de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que corresponda a los "*mismos empleos*' entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con el OPEC".

Por su parte, los actores refieren que, en virtud del principio de retrospectividad, la ley 1960 de 2019 debe ser aplicada en este caso, pues, si bien existen unas listas de elegibles de las cuales hacen parte, no se ha consolidado ningún efecto jurídico. Al respecto, es de señalar que, en relación con la retrospectividad de la norma, la Corte Constitucional[5] ha dicho lo siguiente (se transcribe textualmente, como aparece en la providencia en cita):

> "El fenómeno de la retrospectividad, por su parte, es consecuencia normal del efecto general e inmediato de la ley, y se presenta cuando las normas se aplican a situaciones que, si bien surgieron con anterioridad a su entrada en vigencia, sus efectos jurídicos no se han consolidado al momento en que cobra vigor la nueva ley. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que 'el efecto en el tiempo de las normas jurídicas es por regla general, su aplicación inmediata y hacia el futuro, 'pero con retrospectividad, […] siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal…'. De este modo,

[5] Corte Constitucional, Sentencia SU 309 de 2019.

> 'aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma.

Así, la retrospectividad de la norma hace referencia a la posibilidad de aplicar una ley a una situación jurídica que surgió con anterioridad a su vigencia, pero que para este momento (a la entrada en vigencia) aún no se ha consolidado, lo cual, tal como lo exponen los accionantes, ocurre en el presente caso, comoquiera que existe una situación que surgió con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1960 de 2019 (conformación de lista de elegibles), pero de la cual, a la fecha, sus efectos jurídicos no se han consolidado, pues solo se consolidarán, individualmente, en la medida en que se produzcan los nombramientos en período de prueba que es, precisamente, la finalidad de esas listas.

En el asunto de la referencia, si bien se agotaron las etapas de la convocatoria 436, de 2017 y, a la fecha, existen unas listas de elegibles que se encuentran en firme y, de las cuales hacen parte los accionantes, lo cierto es que el efecto jurídico de dichas listas se concreta de manera particular respecto de cada uno de las personas que integran las mismas solo en el momento en que se lleva a cabo su nombramiento en período de prueba, es decir, con la conformación de la lista de elegibles se crean ciertas situaciones particulares y se consolidan algunos derechos dentro del concurso de méritos, pero sus efectos jurídicos se agotan con el nombramiento, en período de prueba, en el cargo al cual aspiró el concursante.

Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional:

> "Las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme, salvo expresas excepciones legales. Es así como la Sentencia T455 de 2000 señaló que aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido. Al respecto, indicó la Corporación: (…)
>
> "En el caso en estudio la lista de elegibles, en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58 Superior, en cuyos términos "se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores(...)". A partir de dicho mandato, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos subjetivos que han entrado al patrimonio de la persona, no pueden ser

> desconocidos por la ley, salvo que ello sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado".

En ese orden de ideas, la lista de elegibles, una vez en firme, crea un derecho para el concursante que no puede ser desconocido, pero los efectos de esa lista solo se agotan, en principio y entre otros casos, cuando se produce el nombramiento en período de prueba.

Por lo anterior, mientras el concursante se halle en la lista de elegibles y esta permanezca vigente, las normas de orden legal que modifiquen la forma de proveer la vacantes tiene la virtualidad de afectar la situación de quien no ha sido nombrado, no como consecuencia de un efecto retroactivo de la ley, sino, precisamente, como consecuencia del efecto general, según el cual la ley rige hacia el futuro y se aplica a situaciones jurídicas que, a pesar de nacer en vigencia de la ley anterior, se consolidan en vigencia de la ley posterior (efecto retrospectivo), tal como lo contemplan los artículos 52 y 53 de la ley 4 de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal), en armonía con los artículos 38, 41, 44, 45, 46 y 47 de la ley 153 de 1887 de cuyo contenido se deducen las reglas generales para resolver los conflictos de la aplicación de las leyes en el tiempo, así: (i) prevalencia general de la ley posterior sobre la anterior, (ii) las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene, (iii) el efecto general inmediato de las leyes, (iv) la subsistencia del estado civil adquirido conforme a la ley anterior pero con arreglo a la ley posterior en cuanto al ejercicio de derechos y obligaciones inherentes a dicho estado, (v) la conservación de derechos reales constituidos bajo ley anterior pero con sujeción al imperio de la ley nueva en cuanto a su ejercicio, cargas y extinción, (vi) la validez de los contratos celebrados bajo ley anterior con sometimiento de sus efectos a la ley nueva, y (vii) la preferencia de la ley preexistente favorable en materia penal, entre otros[6].

Por ende, la ultractividad y la retroactividad de la ley, por regla general, debe ser previstas por el mismo legislador, salvo en las materias en que la misma Constitución autoriza la aplicación en la ley en el tiempo en tales condiciones (por ejemplo, en materia penal, en virtud del principio favor rei).

[6] SU 309 de 2019, citada párrafos atrás.

El artículo 6 de la ley 1960 de 2019 modificó el artículo 31 (numeral 4) de la ley 909 de 2004, en cuanto a la provisión de las vacantes.

En efecto, el artículo original de la ley 909 de 2004 (artículo 31, numeral 4) señalaba, fundamentalmente, que con las listas de elegibles elaboradas por la Comisión Nacional del servicio civil se debían proveer las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y la ley 1960 de 2019 (artículo 6) modificó dicha norma, en el sentido de prever que con las listas de legibles no sólo se deben proveer las vacantes para las cual es efectuó el concurso, sino aquellas vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad.

La norma del artículo 6 de la ley 1960 de 2019, sin duda alguna, es aplicable, en virtud de efecto ordinario y retrospectivo la ley, a los concursos de méritos que se vienen adelantado y a aquellos que tienen lista de elegibles vigente, pero cuyas situaciones jurídicas aún no se ha concretado en relación con algunos de esos participantes, porque no han sido nombrados en período de prueba. En esa medida las vacantes que se presenten en cargos equivalentes deben ser provistas con las listas de elegibles vigentes aún cuando no hayan sido ofrecidos al inicio del concurso.

No existe ninguna razón para que la Comisión Nacional del Servicio Civil le de una aplicación ultractiva al numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004, cuando el legislador no consagró ese efecto expresamente. Si el legislador hubiera querido darle ese efecto ultractivo a la citada ley 909, en virtud de la libertad de configuración legislativa, habría señalado expresamente que las nuevas disposiciones de la ley 1960 de 2019 se debían aplicar solamente para los concursos que iniciaran con posterioridad a su vigencia; pero, en este caso, por el contrario, el artículo 7 de esta última contempló que la ley 1960 de 2019 rige a partir de fecha de su promulgación, lo cual no deja espacio para la duda de su aplicación inmediata y retrospectiva para aquellas situaciones jurídicas que aún no se han consolidado.

En esa medida, en sentir de la Sala, les asiste razón a los demandantes, en cuanto a que, si bien la lista de elegibles genera ciertos derechos para el concursante, los efectos de esa lista no se han agotado y no se han consolidado aún en relación

con ellos, por lo cual es aplicable el artículo 6 de la ley 1960 de 2019 para la provisión de las vacantes que se presenten respecto de los empleos equivalentes.

De otro lado, también le asiste razón a los accionantes cuando afirman que, de no ocuparse los cargos que a la fecha se encuentran vacantes con las personas que actualmente conforman las listas de elegibles de la convocatoria 436, de 2017, con el argumento de que quienes se encuentran en la lista de elegibles optaron por cargos en ubicación geográfica distinta a la ubicación de las vacantes, se estaría contraviniendo el principio de mérito.

En lo que tiene que ver con el principio del mérito, la Corte Constitucional[7] ha dicho (se transcribe textualmente, como aparece en la providencia en cita):

> "El principio del mérito como criterio rector del acceso a la función pública se manifiesta principalmente en la creación de sistemas de carrera y en la provisión de los empleos de las entidades estatales mediante la realización de concursos públicos. Los concursos públicos tienen la finalidad de determinar la idoneidad, la capacidad y la potencialidad de los aspirantes a ocupar un cargo desde el punto de vista de la categoría del empleo y de las necesidades del servicio. En este sentido, las etapas y pruebas de una convocatoria deben dirigirse a identificar las destrezas, aptitudes, experiencia, idoneidad, suficiencia, entre otras cualidades, calidades, competencias y capacidades de los candidatos. Una vez estas habilidades han sido calificadas de manera objetiva, sólo aquél con mayor mérito debe ser designado en el respectivo cargo, con exclusión de los demás concursantes".

Conforme lo anterior, el principio del mérito se consolida como pilar fundamental dentro de la estructura del Estado para garantizar el acceso y permanencia a la administración pública de personal idóneo que cuente con las capacidades para ejercer las labores inherentes a los cargos públicos, en aras de cumplir con los fines inherentes al Estado, por lo tanto, este principio debe prevalecer sobre otros parámetros al momento de seleccionar el personal para ocupar las vacantes que existan dentro de la administración pública.

En razón de lo anterior, no es de recibo lo expuesto por las entidades accionadas cuando afirman que los cargos no convocados que a la fecha se encuentran vacantes, no pueden ser ocupados por aquellas personas que se encuentren en las listas de elegibles de la convocatoria 436, de 2017, en razón a que las mismas solo pueden ocupar vacantes que se encuentren dentro del mismo municipio al cual se optó al momento de concursar.

---

7 Corte Constitucional, Sentencia T-610, de 3 de octubre de 2017.

El anterior razonamiento iría en contravía de los principios que rigen el procedimiento de acceso a los cargos públicos, comoquiera que se estaría dando prevalencia al factor territorial sobre el principio del mérito, es decir, bajo este entendimiento, se puede presentar el supuesto en que una persona sea nombrada en un cargo vacante, a pesar de existir otra persona que haya obtenido un mejor puntaje pero que, al optar por un cargo en determinado municipio donde no existan suficientes vacantes, no pueda ser nombrado en aquél, pese a estar dispuesta a aceptar el nombramiento en otro municipio.

Aunado a lo anterior, es de señalar que con la aplicación retrospectiva de la ley 1960 de 2019, en el presente asunto es factible consolidar listas del orden departamental o nacional, con el fin de ocupar vacantes no convocadas, con personal que se encuentre en las listas de elegibles vigentes, independientemente de la ubicación geográfica del cargo respecto del cual se conformó la lista. No de otra forma podría darse aplicación a lo dispuesto en la citada norma.

Así las cosas, en virtud de lo dispuesto en la ley 1960 de 2019 y dando prevalencia al principio del mérito, se accederá a lo pretendido por los accionantes.

6.- Decisión. -

Por lo anterior, se revocará la decisión adoptada el 18 de agosto de 2020, por el Juez Treinta y Uno Administrativo del Circuito de Medellín, mediante la cual se negó el amparo solicitado por los accionantes.

En consecuencia, se ordenará a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, en el territorio nacional, respecto de los empleos relacionados con las OPEC 58995 y 59953, a las cuales concursaron los accionantes.

Cumplido lo anterior y, de ser procedente, en el término de cinco (5) días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA deberán efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con

los empleos relacionados con las OPEC 58995 y 59953, tal como lo dispone la ley 1960 de 2019 (artículo 6).

Vencido el término anterior y previo estudio del cumplimiento de los requisitos mínimos, dentro de los cinco (5) días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA deberán efectuar el nombramiento, en período de prueba, de quienes tienen el mejor derecho en los cargos vacantes no convocados al cual optaron, respetando, en todo caso, el orden de elegibilidad de la lista que se conforme para tal efecto.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA – SALA QUINTA DE DECISIÓN,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A.

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia proferida el 18 de agosto de 2020, por el Juzgado Treinta y Uno Administrativo Oral del Circuito de Medellín, por lo expuesto en la parte motiva y, en su lugar, se dispone:

SEGUNDO: AMPÁRANSE los derechos fundamentales invocaros por Gustavo Adolfo Pineda Pineda y Wilson Bastos Delgado, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: ORDÉNASE a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, dentro de los diez **cinco (5) días siguientes** a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, en el territorio nacional, respecto de los empleos relacionados con las OPEC 58995 y 59953, a las cuales concursaron los accionantes.

CUARTO: Cumplido lo anterior y, de ser procedente, en el término de **cinco (5) días siguientes**, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA deberán efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia a los empleos relacionados con las OPEC 58995 y 59953.

QUINTO: Vencido el término anterior y previo estudio del cumplimiento de los requisitos mínimos, dentro de los **cinco (5) días siguientes** la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA deberán efectuar el nombramiento, en período de prueba, de quienes tienen el mejor derecho en los cargos vacantes no convocados al cual optaron, respetando, en todo caso, el orden de elegibilidad de la lista que se conforme para tal efecto.

SEXTO: Notifíquese a las partes en la forma indicada en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991 y comuníquese al *a quo* lo aquí decidido.

SÉPTIMO: Dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta Sentencia, remítase a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión. Si no fuere seleccionada, devuélvase al juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Esta providencia se estudió y aprobó en Sala, como consta en acta de la fecha.

Firma escaneada Decreto 491/20
031 2020 00152 01
Impugnación tutela

SUSANA NELLY ACOSTA PRADA

Firma escaneada. Acción de Tutela
Exp. No. 031 2020 00152. Revoca. Concede

JORGE LEÓN ARANGO FRANCO

2020000152 tutela revoca y concede

DANIEL MONTERO BETANCUR

TRIBUNAL SUPERIOR
Medellín

SALA DE DECISIÓN CONSTITUCIONAL

Radicado: 05001310902720200045 (081)
Accionante: Diana Patricia Gómez Madrigal
Accionado: Comisión Nacional del Servicio Civil
Referencia: Tutela 2ª Instancia
M. Ponente: Santiago Apráez Villota
Aprobado en Acta No. 079

Medellín, julio veinticuatro (24) de dos mil veinte (2020).

Subsanada la irregularidad decretada en punto a la debida integración del contradictorio, la Sala resuelve la impugnación presentada por Diana Patricia Gómez Madrigal y Juan Carlos Nicolás Martínez Ramírez contra el fallo de tutela proferido por el Juzgado 27 Penal del Circuito, en el cual negó por improcedente el amparo constitucional deprecado.

ANTECEDENTES

1º. Diana Patricia Gómez Madrigal expresó en su demanda que con motivo de la convocatoria No. 436 de 2017, abierta por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cargo profesional grado 1, código OPEC 57095 del SENA, se inscribió y adelantó el proceso respectivo; una vez conformada la lista de elegibles ocupó el 3er lugar, por tal razón se encuentra inscrita en el Banco Nacional de Lista de Elegibles, según resolución 20182120137185 del 17/10/2018, vigente hasta el próximo mes de octubre. Una vez ocupada la primera vacante, pasó al 2º lugar.

Mediante el decreto 552 de 2017 el SENA creó cargos a nivel profesional, por lo que solicitó ser nombrada en uno de ellos, toda vez que la lista se encuentra vigente, pero a la fecha de presentación de la tutela no ha accedido a ello.

En su sentir, la omisión de la entidad vulnera sus derechos a la igualdad, al debido proceso administrativo, trabajo, principio de buena fe y de acceso a los cargos de carrera. Solicitó, entonces, la protección de sus derechos ordenándole a las accionadas procedan a nombrarla en período de prueba en el empleo OPEC 57095 en la regional Antioquia-Chocó, en cualquiera de las posiciones internas como abogada, con nivel profesional, o en cualquier otra dependencia donde haya plaza vacante, en un cargo de igual o equivalente que se provea con la lista de elegibles en la cual ocupa el segundo lugar.

2º. El Juzgado 27 Penal del Circuito de Medellín asumió el conocimiento del asunto y corrió traslado de la demanda a las entidades accionadas, igualmente ordenó la publicación de la acción de tutela para los terceros con interés en la convocatoria No. 436 de 2017; el llamado fue atendido por ambas entidades, los funcionarios competentes se opusieron a la solicitud de la accionante.

Como terceros comparecieron Juan Carlos Nicolás Martínez Ramírez y Gina Heriberta Quejada Córdoba, quienes ocupan 2º y 4º lugar de la lista de elegibles, con los siguientes argumentos:

El SENA con el Decreto 552 de 2017 creó 900 cargos de profesional, por consiguiente tienen derecho a ser nombrados en uno de ellos.

Tanto la CNSC como el SENA vulneraron su derecho de petición, pues no respondieron con datos ciertos sobre cuantos cargos hay de los creados y de los que hayan surgido después de la convocatoria, los cuales deben ser provistos con la lista de elegibles vigente y no esperar a una nueva convocatoria para proveerlos.

Vulneran también el derecho a la igualdad, pues han transcurrido más de dieciocho (18) meses desde la convocatoria y aún no se resuelve la situación administrativa, con el agravante que la lista de elegibles vence el próximo mes de octubre.

El Sena ofertó una vacante de la cual tomó posesión quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, luego de ello surgió otra vacante más que fue creada; por tanto, tienen derecho a ser nombrados porque las mismas se encuentran provistas en provisionalidad; coadyuvan, entonces, la pretensión de la accionante.

El *a quo*, en providencia del 11 de junio último negó por improcedente el amparo.

A esa determinación llegó el funcionario, en primer lugar, por la naturaleza subsidiaria de la acción constitucional; y, en segundo lugar expresó que no existió vulneración a los derechos fundamentales de Diana Patricia Gómez Madrigal pues que se estableció que culminado el proceso de selección, la lista de elegibles solo puede usarse para proveer aquellas vacantes que se generen en los empleos convocados, que no en otros distintos, cual es la pretensión de la accionante al insistir en un nombramiento en los cargos creados en el Decreto 552 de 2017, sin que además haya acreditado que dentro los 900 cargos algunos correspondan al identificado en el OPEC para su caso.

3º. La decisión fue impugnada por Diana Patricia Gómez Madrigal y Juan Carlos Nicolás Martínez, insistiendo que se trata de una actuación arbitraria de las entidades y mientras no sea subsanada persistirá la vulneración de sus derechos fundamentales; solicitaron, entonces, su revocatoria con los siguientes argumentos:

Refirió la primera que no siempre los mecanismos ordinarios resultan idóneos para la protección de los derechos fundamentales cuando se trata de concurso de méritos,

pues la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que en cada caso concreto el funcionario judicial debe analizar la eficacia de la vía constitucional, de acuerdo a las circunstancias demostradas; conforme a lo cual, podría concederse el amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, como sucede en su caso, a saber que la lista de elegibles tiene vigencia hasta el mes de octubre próximo.

El sistema de provisión de cargos en la administración pública se rige por la ley 909 de 2004 y el decreto 1083 de 2015, los cuales se encontraban vigentes para la época de la convocatoria No. 436 de 2017.

De conformidad con el criterio unificado en la ley 1960 de 2019, el cual establece que las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la OPEC de la respectiva convocatoria y para cubrir las nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos ofertados.

En sentencia del 18 de noviembre de 2019 el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, inaplicó por inconstitucional el criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 2019, proferido por la CNSC el 1º de agosto de 2019; en su criterio, entonces, debe utilizarle la lista de elegibles que aún se encuentra vigente para la provisión de los cargos vacantes.

En la circular externa No. 0001 de 2020 se dan las instrucciones para la aplicación del criterio unificado y el uso de la lista de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 2019.

La solicitud que hizo el Coordinador del Grupo de Relaciones Laborales del Sena a la CNSC para hacer uso de la lista de elegibles deja en evidencia la vulneración de sus derechos, pues como lo informó la Secretaría General del SENA, con posterioridad a la convocatoria No.436 de 2017 se realizó un reporte de dos cargos denominados profesional, grado 1, en el área temática talento humano, en la regional Antioquia; por consiguiente, tienen mejor derecho que la persona que se encuentra en provisionalidad para ser nombrada en período de prueba en uno de los dos cargos.

No es cierto, como lo afirma la CNSC en la respuesta que brindó al juzgado, que debe esperar que el primero de la lista salga de la misma, en atención del contenido de la circular externa No. 0001 de 2020 expedida por la misma entidad y en aplicación de la ley 1960 de 2019, en tanto, aquella autoriza su nombramiento; por esa razón, debe ser objeto de investigación.

El segundo, por su parte insiste que la omisión de las accionadas constituye una trasgresión a otros derechos como el debido proceso, que no ha sido respectado en el curso de la actuación administrativa y el trabajo, pues no obstante, tiene un

derecho legítimo al ser parte de la lista de elegibles del SENA, se encuentra desempleado.

En casos como el suyo, la vía ordinaria es ineficaz para la protección que reclama, no solo por lo complejo del trámite judicial, sino porque la lista de elegibles solo tiene vigencia hasta el mes de octubre próximo, lo cual, incluso, torna procedente el amparo como mecanismo transitorio.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala establecer si debe confirmar la sentencia de primera instancia que declaró improcedente el amparo constitucional solicitado por Diana Patricia Gómez Aristizábal o si debe acceder a su pretensión, pues insiste que la Comisión Nacional del Servicio Civil y el SENA desconocieron los derechos que tiene por ser parte de la lista de elegibles, ahora ocupando el segundo lugar.

Pretende la actora que a través de la presente acción de tutela, por ser parte de la lista de elegibles que tiene vigencia hasta el mes de octubre próximo, se le nombre en período de prueba en uno de los cargos de nivel profesional, grado 1, que se encuentran vacantes o en uno equivalente de los creados a través del decreto 552 de 2017, a saber que tiene mejor derecho que quienes los desempeñan en provisionalidad; la pretensión fue coadyuvada por Juan Carlos Nicolás Martínez Ramírez, quien le antecede (ahora en el 1º lugar) en la lista de elegibles.

Por el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, no es la vía adecuada para debatir esta clase de conflictos; así lo expresó la Corte Constitucional en sentencia T-315 de 1998 y reiteró en la T-319 de 2014, advirtiendo su improcedencia frente a actos administrativos que reglamentan el concurso de méritos, pero aclaró los eventos en que procede excepcionalmente:

> "*La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene un mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias*

concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional..."[1].

En este caso los interesados no podrían acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa para debatir la presunta irregularidad de los actos ejecutados por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el SENA con motivo de la convocatoria 436 de 2017, porque resultaría ineficaz, debido a que, para cuando se resuelva de fondo la misma, el concurso habría llegado a su fin; debiendo la Sala determinar si se torna necesaria su intervención para evitar un perjuicio irremediable originado en una violación ostensible del procedimiento que rige el concurso de méritos, del cual hizo parte la actora.

Resuelto el tema de la subsidiaridad, la Sala procede a pronunciarse de fondo sobre la procedencia del amparo constitucional deprecado.

Enseña la actuación que Diana Patricia Gómez Madrigal hace parte de la convocatoria No. 436 de 2017 para aplicar al cargo OPEC 57095, profesional grado 1 del SENA; conforme al resultado obtenido ocupó el tercer puesto en la lista de elegibles publicada el 17 de octubre de 2018, con vigencia de hasta dos (2) años.

Dicha convocatoria fue reglamentada por el acuerdo 2017000116 de 2017, modificado por los acuerdos No. 20171000000146, 2017100000156 y 201800000876; que en los parágrafos 1 y 2 del artículo 10 establece las reglas del proceso de selección:

"PARÁGRAFO 1°*: Bajo su exclusiva responsabilidad, el aspirante deberá consultar los empleos a proveer mediante éste concurso de méritos, en la Oferta Pública de Empleos de Carrera OPEC, registrada por el SENA, la cual se encuentra debidamente publicada en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil www.cnsc.gov.co y/o enlace SIMO.*

PARÁGRAFO 2° *: La OPEC que forma parte integral del presente acuerdo, ha sido suministrada por la entidad Pública objeto de la presente Convocatoria y es de responsabilidad exclusiva de ésta, por lo que, en caso de presentarse diferencia por error de digitación, de transcripción o de omisión de palabras entre la OPEC y el Manual de Funciones y Competencias Laborales y/o demás actos administrativos que la determinaron, la OPEC se corregirá dando aplicación a lo previsto en el Artículo 45 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 12 del presente Acuerdo, así mismo las consecuencias que se deriven de dichos errores o inexactitudes, recaerán en la entidad que reportó la OPEC".*

Así mismo, el artículo 51, inherente a la conformación de las listas de elegibles, prescribe: *" La Universidad o Institución de Educación Superior que la CNSC contrate para el efecto, consolidará los resultados publicados debidamente ponderados por el valor de cada prueba dentro del total del Concurso abierto de méritos y la CNSC conformará las Listas de Elegibles para proveer las vacantes definitivas de los empleos objeto de la presente*

[1] Ver sentencia T 315 de 1998

Convocatoria, con base en la información que le ha sido suministrada, y en estricto orden de mérito".

La accionante aplicó para el único cargo de profesional, grado 1, que fue ofertado, pero ocupó el tercer lugar en la lista de elegibles, por lo que el SENA nombró a quien ocupó el primer lugar; no obstante, por las reglas preestablecidas en la convocatoria, le permite continuar en la lista de elegibles (ahora ocupando el 2º lugar) hasta su vencimiento para proveer las posibles vacantes de los empleos iguales al ofertado.

El artículo 31, numeral 4, de la ley 909 de 2004, que regía al momento de la convocatoria de la cual hace parte la accionante, consagraba lo siguiente:

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

En idénticos términos, el parágrafo del artículo 56 del acuerdo No. 201700000116 de 2017, dispone:

"*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 artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, mientras éste se encuentre vigente".*

Sin embargo; la ley 1960 de 2019 que modificó la ley 909 de 2004 trae un nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil dentro de los procesos de selección aprobadas con posterioridad a su vigencia, esto es junio 27 de 2019, el cual, en criterio de la CNSC tienen aplicación en la actualidad para la provisión de las vacantes.

El artículo 6º de la ley 1960 de 2019 que modificó el numeral 4º del artículo 31 de la ley 909 de 2004 establece:

"4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad".

Se está en presencia, entonces, de un tránsito legislativo, que modificó sustancialmente la validez y funcionalidad de las listas de elegibles, pues que esta última norma amplió el espectro de los concursantes en el sentido de poder acceder a cargos iguales o equivalentes a los ofrecidos en la convocatoria.

Esa situación, como es lógico, otorga una oportunidad para algunos e incertidumbre para otros aspirantes, que como Diana Patricia y Juan Carlos Martínez Ramírez hacen

parte de la lista de elegibles conformada con motivo de la convocatoria 436 de 2017 y candidatos a tomar posesión de un cargo público, tras el agotamiento del respectivo proceso administrativo; y que, necesariamente llevó a la Comisión Nacional del Servicio a pronunciarse en dicho sentido.

Fue así como en criterio unificado en sesión del 16 de enero de 2020 y para la aplicación de aquellas disposiciones concluyó:

"Las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el *marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos*.

"El nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas por la CNSC en el marco de los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integran la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos" o vacantes de empleos equivalentes".[2] (subraya fuera de texto).

Para la Sala dicha directiva, contrario a los argumentos de las accionadas, no afecta la situación de los accionantes a saber que, de acuerdo con lo acreditado, la resolución del asunto no debe plantearse en punto a la equivalencia de los cargos que se encuentran vacantes, sino a los existentes en la actualidad con la denominación PROFESIONAL, GRADO 1, CÓDIGO OPEC 57095 del SENA, los cuales se encuentran ocupados en provisionalidad.

A través del derecho de petición del 6 de marzo de 2020, Diana Patricia Gómez Madrigal, solicitó información al Coordinador de Relaciones Laborales del Sena, así:

"1.Solicito se me informe de manera clara y precisa y detallada cuantas vacantes con funciones relacionadas al cargo al cual aspire, de nivel profesional, denominación universitaria, grado 1 código OPEC 57095, se han generado después del reporte por ustedes realizado a la comisión nacional del servicio civil para el concurso de mérito ofertados en la convocatoria 436 de 2017, en la Regional Antioquia y Chocó.

Rta: Posterior a la convocatoria 436 de 2017, se realizó un reporte de dos cargos denominados profesional grado 01 con el área temática de talento humano en el despacho de la Regional Antioquia y el Centro Agro empresarial y Agrícola de la Regional Guajira, como se evidencia en el reporte generado por la CNSC. Con respecto a la Regional Chocó no se encuentran cargos reportados con este mismo perfil.

[2] Ver folio 106

2. Sírvase señalar de manera clara y precisa y detallada cuales y cuántas son las provisionalidades definitivas que existen a la fecha en la Regional Antioquia y Choco.

Rta: Una vez revisada la planta del SENA se encuentra que hay dos cargos de la denominación profesional G01 que encuentran provistos en provisionalidad en las regionales citadas en su petición. Con respecto a la Regional Antioquia se encontró uno (1) cargo en el despacho de la Regional Antioquia, que se relacionó en los puntos 1 y 2 de esta comunicación, el cual ya fue reportado a la CNSC con el área temática de talento humano.
En relación a la Regional Chocó hay uno (1) provisto en provisionalidad que fue reportado a la CNSC con un área temática diferente a la que usted participó."

Mediante la comunicación 1-2021 que Coordinador del Grupo de Relaciones Laborales del SENA dirigió al Director de la Carrera Administrativa de la Comisión Nacional del Servicio Civil, con asunto: "*Solicitud autorización uso de lista de elegibles vacantes no reportadas en la convocatoria 436 de 2017",* se observa que aparece un cargo de profesional (Sena), grado 1, para Antioquia, OPEC 57095 - 57099.

Entonces, si esa es la realidad que emerge de la actuación, asiste la razón a los impugnantes en demandar la protección constitucional de sus derechos al debido proceso administrativo y de acceso a un cargo público, pues que al encontrarse en la actualidad en los puestos 1º y 2º en las lista de elegibles conformada para el cargo OPEC 57095 del Sena tienen el derecho a su designación en los que se encuentran vacantes conforme a las reglas del concurso y que han sido desconocidos sin fundamento legal de parte de la accionada.

Directriz que igualmente está consagrada en la circular externa No. 0001 de 2020 de la Comisión Nacional del Servicio Civil del 21-02-2020 bajo el siguiente tenor:

"*De conformidad con el Criterio Unificado "Uso de Lista de Elegibles en el Contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019", el cual establece que las listas de elegibles conformadas por esta Comisión Nacional y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera (OPEC) de la respectiva convocatoria y* ***para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad*** *y que correspondan a los "mismos empleos", ofertados. (subraya fuera del texto)*

Inexplicable resulta, entonces, el proceder de las accionadas, que niegan al reconocimiento de los derechos de los concursantes, pues que si su ubicación en la lista de elegibles fue el resultado de un concurso público, están en el deber de garantizar la satisfacción del principio al mérito y de igualdad para acceder a los cargos públicos; por tanto, no puede el SENA, sin justificación legal, negarse a realizar los nombramientos en período de prueba de los interesados; en consecuencia, procedente resulta el amparo, a saber que también desconoció el

principio de confianza legítima de los aspirantes pues al estar ocupando hoy el 1º y 2º lugar en la lista de elegibles y existiendo dichas vacantes, tienen el derecho de acceder a dichos cargos.

En consecuencia, se revocará la sentencia impugnada y, en su lugar, se tutelará los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y de acceso al empleo público de Diana Patricia Gómez Madrigal y Juan Carlos Nicolás Martínez Ramírez en la convocatoria 436 de 2017; en consecuencia, se ordenará al Director del SENA que, en coordinación con la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el término cinco (5) días, contados a partir de la notificación del presente fallo, conforme a lo descrito en acápites anteriores, procedan a nombrarlos en los cargos de PROFESIONAL, grado 1, código OPEC 57095, en periodo de prueba, a saber que son quienes siguen en turno en lista de elegibles conformada a través de la resolución No. 20182120137185 del 17 de octubre de 2018.

Por lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, obrando como Juez Constitucional y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1º. Revocar la sentencia proferida por el Juzgado 27 Penal del Circuito; en su lugar, tutelar los derechos fundamentales al debido proceso administrativo y de acceso al empleo público de Diana Patricia Gómez Madrigal y Juan Carlos Nicolás Martínez Ramírez en la convocatoria 436 de 2017.

2º. Ordenar al Director del SENA que, en coordinación con la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el término cinco (5) días contados a partir de la notificación del presente fallo, conforme a lo descrito en la parte motiva de esta sentencia, realicen los nombramientos en periodo de prueba en los cargos, PROFESIONAL, grado 1, código OPEC 57095, de quienes siguen en turno en lista de elegibles conformada a través de la resolución No. 20182120137185 del 17 de octubre de 2018.

Remítase el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de la sentencia.

Notifíquese y cúmplase.

SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA

SALA PRIMERA DE ORALIDAD
MAGISTRADO PONENTE: DR. ÁLVARO CRUZ RIAÑO

Medellín, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veinte (2020)

ACCIÓN	TUTELA
DEMANDANTE	HERNANDO ANDRÉS SÁNCHEZ CASTAÑO
DEMANDADO	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC
RADICADO	05001 33 33 019 2020 00221 -01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECINUEVE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
ASUNTO	CONCURSO DE MÉRITOS - DERECHO A LA IGUALDAD - DERECHO AL DEBIDO PROCESO
DECISIÓN	CONFIRMA SENTENCIA IMPUGNADA
PROVIDENCIA	**052**

Decide esta Sala la impugnación presentada oportunamente por el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, en contra del fallo de tutela proferido el 16 de octubre de 2020, por el Juzgado Diecinueve Administrativo Oral del Circuito de Medellín, mediante el cual se accedieron a las pretensiones incoadas por la parte actora.

1. ANTECEDENTES

1.1. Hechos relevantes

Manifiesta el accionante que la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a concurso abierto de méritos mediante Acuerdo 20171000000116 del 24 de julio de 2017 para proveer de manera definitiva 4.973 vacantes pertenecientes al SENA, que se identifica como “Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA”.

Agrega que participó en la convocatoria para el empleo denominado PROFESIONAL, Grado 2, OPEC 61424, superando a satisfacción todas las etapas y mediante Resolución número 20182120176165 del 13 de diciembre de 2018 la Comisión Nacional de Servicio Civil- CNSC conformó la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo para el que aplicó, ocupando el 4° lugar.

Sostiene que el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA por medio de los oficios N°.20203200436562 del 24/03/2020, N°.20203200480402 del 13/04/2020, N°.20203200520132 30/04/2020, dirigidos a la Comisión Nacional del Servicio Civil, ha reportado las vacantes definitivas desiertas y no reportadas en la convocatoria 436 de 2017, donde existen 21 vacantes definitivas EQUIVALENTES al cargo al que se presentó.

Señala que el artículo 2.2.11.2.3 del Decreto 1083 de 2015, lo habilita para ser nombrado no solo para la OPEC 61424 por el que concursó, que se limita a la ubicación geográfica del municipio de Itagüí, donde no existen vacantes, sino para cualquier otra vacante equivalente al área temática de bienestar integral al aprendiz y que no hayan sido convocada, estén desiertas o que hayan surgido con posterioridad a la convocatoria, una vez agotadas las vacantes territoriales convocadas, porque no limita la provisión a la ubicación geográfica u OPEC, sino a que se presente la vacante en la entidad y la vigencia de la lista de elegibles.

Indica que con ocasión a la expedición de la Ley 1960 de 2019, la Comisión Nacional del Servicio Civil, emitió un Criterio Unificado “USO LISTA DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 JUNIO DE 2019”, sin embargo, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en sentencia del 18 de noviembre de 2019, declaró la inaplicación del Criterio Unificado, por lo que en caso de ser aplicado, la Comisión Nacional del Servicio Civil incurriría en temeridad.

El día 13 de septiembre de 2020, el accionante elevó derecho de petición ante el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA solicitando el uso de la lista de elegibles para su nombramiento en periodo de prueba, teniendo en cuenta que existen 21 vacantes definitivas equivalentes al cargo al que se presentó, solicitud que, por una parte, fue negada, basándose en los conceptos plasmados en el criterio unificado del 16 de enero de 2020 y 6 de agosto de 2020, según el cual la provisión de las vacantes definitivas obedece a la ubicación geográfica, y por la otra, no respondió la totalidad de los cuestionamientos.

Finalmente, el accionante, hace un recuento de varias sentencias de tutela, en las que se ordenó, dejar sin efectos el criterio unificado "uso de listas de elegibles" en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2020.

1.2. Pretensiones

Solicitó se conceda la tutela de los derechos fundamentales invocados. En consecuencia, pretende lo que a continuación se transcribe:

> 1. Se protejan mis derechos fundamentales de PETICIÓN, DEBIDO PROCESO, AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL MÉRITO, AL ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS, AL TRABAJO, LA IGUALDAD, PRINCIPIO DE LA BUENA FE, LA DIGNIDAD HUMANA por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA
>
> 2. Se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA Inaplicar, el Criterio Unificado "Uso de Lista de Elegibles en el Contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2020" expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil el 16/01/2020 y del 06/08/2020 y toda interpretación contraria a la ley 1960 de 2019
>
> 3. Se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA notificar a cada uno de los integrantes de la lista de elegible de la Resolución No.20182120176165 del 13 de diciembre de 2018 y provisionales que ocupan actualmente las 21 vacantes definitivas y otras que pudiesen existir
>
> 4. Se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil que en 48 horas realice estudio de equivalencia funcional de las vacantes PROFESIONAL, GRADO 2, 3 y 4 en el área temática de bienestar integral al aprendiz. Y realicen los trámites administrativos pertinentes para dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles en estricto orden de mérito de la Resolución No.20182120176165 del 13 de diciembre de 2018, respecto al cargo de PROFESIONAL, GRADO 2 y sus equivalencias en la entidad a nivel nacional en el área temática de bienestar integral al aprendiz en una de las vacantes definitivas desiertas, no convocadas y creadas con posterioridad a la convocatoria 436 de 2017.
>
> 5. Se ordene al Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA dar respuesta de fondo a los puntos 1,2,3 y 4 del derecho de petición con radicado N°.7-2020-156918 de fecha 13/09/2020
>
> 6. Se efectúen el respectivo nombramiento en periodo de prueba en el término de 5 días hábiles según el orden que corresponda en una de las 21 vacantes definitivas desiertas, no convocadas y creadas con posterioridad a la convocatoria 436 de 2017 (Si es el caso, se convoque a una audiencia de escogencia de las plazas vacantes.)
>
> 7. Se tomen las determinaciones que el señor Juez considere conducentes para la efectividad de la protección de los derechos vulnerados.

1.3. Contestaciones

1.3.1. Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA

Dando respuesta a la acción de la referencia, el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA- manifestó que, las listas de elegibles solo serán usadas en caso que se presente alguna vacante definitiva en el empleo inicialmente convocado, con ocasión a la generación de las causales de retiro del servicio establecidas en la

Ley, siempre y cuando las mismas se encuentren vigentes, previa autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, motivo por el cual, en caso que el accionante continúe en orden de mérito para ser nombrado en la OPEC No 61424, será oportunamente informado, comoquiera que el elegible que ocupó el primer lugar de mérito en la lista de elegibles respectiva, fue nombrado y posesionado.

Señala que las convocatorias iniciadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, deben observar el procedimiento indicado para la convocatoria específica y las normas que sirvieron de sustento para la consolidación de las listas de elegibles.

Reitera que, la provisión de los empleos equivalentes, aplicará para los concursos de méritos creados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1960 de 2019, no aplica así para la Convocatoria 436 de 2017, como lo pretende el accionante en sus pretensiones. De aplicarse lo requerido por el solicitante se lesionarían los derechos de los demás participantes de la Convocatoria.

Finaliza indicando que, no se vislumbra vulneración a los derechos fundamentales esgrimidos por el accionante, por cuanto las actuaciones de la administración, en la aplicación del resultado de la convocatoria 436 de 2017, para conformar las listas de elegibles para proveer las vacante de los empleos de carrera administrativa en el SENA, se realizó conforme al procedimiento planteado previamente en los acuerdos de la CNSC, garantizando en igualdad de condiciones que todos los ciudadanos participaran y pudieran acceder a los cargos públicos, inscribiéndose en una sola OPEC. En consecuencia, argumentar la afectación de derechos fundamentales, para poder acceder en contravía de lo establecido en las reglas y condiciones de la convocatoria, es una grave afrenta a los derechos de la generalidad de los demás participantes de la convocatoria.

1.3.2. Comisión Nacional del Servicio Civil

Estando dentro del término concedido para ello, la Comisión Nacional del Servicio Civil dio respuesta a la acción de tutela de la referencia, manifestando que, la acción presentada es improcedente toda vez que no es el medio para cuestionar la legalidad de actos administrativos.

Agrega que la aplicación “retrospectiva” de la Ley 1960 de 2019, no es posible como quiera que ello contraviene lo dispuesto en los artículos 52 y 53 de la Ley 4

de 1913, normas que claramente establecen que la ley sólo rige para las situaciones de hecho ocurridas con posterioridad a la fecha de su promulgación.

Señala que dado que la Ley 1960 de 2019, no indicó en el texto que la misma era retroactiva o retrospectiva, solo se puede aplicar a situaciones posteriores a su publicación.

Indica que la Convocatoria 436 de 2017 - SENA inició con la expedición del Acuerdo 20171000000116 del 24 de julio de 2017, es decir, que para la fecha de expedición de la Ley 1960 de 2019, la Convocatoria del SENA no sólo se había ejecutado, sino que había finiquitado, pues las listas de elegibles alcanzaron firmeza con mucho tiempo de anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019 y la interposición de esta demanda de tutela, por lo que considera que todas las situaciones derivadas de la Convocatoria 436 de 2017 - SENA están consolidadas, es decir, las etapas del concurso de méritos ya se encuentran agotadas.

Señala que las listas de elegibles derivadas de la convocatoria 436 de 2017, la cual fue aprobada antes de entrar en vigencia de la ley 1960 de 2019, solo pueden ser utilizadas para proveer vacantes de los empleos ofertados en el mencionado proceso de selección, o para cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos" o vacantes en cargos de empleos equivalentes de la respectiva convocatoria.

Además, las reglas de la Convocatoria son una expresión del principio de legalidad tanto para oferentes como para inscritos, de tal forma que incumplir las directrices allí previstas contraviene no sólo los derechos de los aspirantes, sino aquel valor superior al cual está sujeto toda actuación pública. Dicho en otros términos, el acto administrativo que la contenga funge como norma del concurso de méritos, por lo cual todos los intervinientes en el proceso deben someterse aquel, so pena de transgredir el orden jurídico imperante.

1.5. Providencia impugnada

Mediante sentencia del 16 de octubre de 2020, el Juzgado Diecinueve Administrativo Oral del Circuito de Medellín, realizando un análisis normativo y jurisprudencial sobre la procedencia de la acción de tutela en materia de concurso de méritos, el derecho al debido proceso administrativo, el derecho al trabajo y el derecho de petición, resolvió amparar los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y de petición invocados por el señor Hernando Andrés Sánchez Castaño.

En consecuencia, ordenó lo que a continuación se transcribe:

> **SEGUNDO: INAPLICAR** por inconstitucional los Criterios Unificados emitidos por la CNSC de 16 de enero y 6 de agosto de 2020, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
>
> **TERCERO: ORDENAR** a la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, en el territorio nacional, respecto del empleo relacionado con la OPEC 61424, al cual concursó el accionante.
>
> **CUARTO:** Cumplido lo anterior y, de ser procedente, en el término de diez (10) días hábiles siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberán efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 61424, tal como lo dispone la ley 1960 de 2019.
>
> **QUINTO:** Vencido el término anterior y previo estudio del cumplimiento de los requisitos mínimos, dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes, el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberá efectuar el nombramiento en período de prueba, de quienes tienen el mejor derecho en los cargos vacantes no convocados al cual optaron, respetando en todo caso, el orden de elegibilidad de la lista que se conforme para tal efecto.
>
> **SEXTO: ORDENAR** al SENA que una vez consolide la lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 61424, en el término de cinco (5) días hábiles, contestará de fondo las solicitudes contenidas en los numerales 1 a 4 de la petición elevada por el actor el 13 de septiembre de 2020.
>
> **SÉPTIMO: ORDENAR** a la CNSC publicar esta decisión en el portal web de la institución.
>
> **OCTAVO**: Contra esta sentencia procede el recurso de impugnación, el cual deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación. ADVERTIR a las partes que en el evento de impugnarse el fallo, dicho recurso se interpondrá a través del correo electrónico del Juzgado, a la siguiente dirección electrónica: adm19med@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Argumento su posición, señalado que en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, es aplicable, en virtud del efecto retrospectivo de la ley a los concursos de méritos que se encuentran en desarrollo y a aquellos que tienen lista de elegibles vigente, pero cuyas situaciones jurídicas aún no se han concretado en relación con algunos de los participantes, porque no han sido nombrados en período de prueba. En esa medida, las vacantes que se presenten en cargos equivalentes deben ser provistas con las listas de elegibles vigentes, aun cuando no hayan sido ofrecidos al inicio del concurso.

Agrega que los criterios de unificación emitidos por la CNSC de 16 de enero y de 6 de agosto de 2020, restringen la aplicación de la Ley 1960 de 2019, toda vez que si bien dichos criterios establecen la posibilidad de cubrir nuevas vacantes que se

generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, limita éste último concepto, a aquellos empleos que tengan igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes.

Respecto del derecho de petición, presentado por el accionante, entre el SENA, el juez de primera instancia, consideró que la respuesta dada por aquella, fue evasiva, por lo que le ordenó que, una vez consolide la lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 61424, en el término de cinco (5) días, contestara de fondo las solicitudes contenidas en los numerales 1 a 4 de la petición elevada por el actor el 13 de septiembre de 2020.

1.6 Impugnaciones

1.6.1. Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA

Al no estar conforme con lo señalado por el Juez de tutela, el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, presentó escrito de impugnación, señalando para ello, entre otras cosas que, pese a señalarse al SENA como transgresor de los derechos del accionante, el requerimiento de la parte activa recae sobre la CNSC, pues la Sala Plena de la citada Comisión, en sesión del 16 de enero de 2020, aprobó el Criterio Unificado para el uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019, por lo que considera que el SENA no es el objeto pasivo de la acción.

Considera que no se cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que la Resolución No. 20182120176165 del 13 de diciembre de 2018, quedó en firme el 24 de diciembre de 2018, es decir hace más de 15 meses. Además, considera que el accionante tiene otros medios de defensa judicial contra las decisiones tomadas por el SENA o la CNSC, las cuales se expresan en actos administrativos, máxime cuando puede solicitar ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo como medida cautelar la suspensión de los actos administrativos que considera fueron ilegales o inconstitucionales

Indica que, pese a que el accionante invocó la procedencia de la tutela con la finalidad de evitar un perjuicio irremediable, no solicitó una protección transitoria, ni probó o se esforzó por aportar algún material probatorio para demostrar que en este caso hay algún perjuicio irremediable que se deba tutelar.

Manifiesta la entidad que, las listas de elegibles solo serán usadas en caso que se presente alguna vacante definitiva en el empleo inicialmente convocado, con ocasión a la generación de las causales de retiro del servicio establecidas en la Ley, siempre y cuando las mismas se encuentren vigentes, previa autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, motivo por el cual, en caso que el accionante continúe en orden de mérito para ser nombrado en la OPEC No. 61424, será oportunamente informado, comoquiera que el elegible que ocupó el primer lugar de mérito en la lista de elegibles respectiva, fue nombrado y posesionado.

Sostiene que el accionante, se postuló al empleo con código OPEC 61424, ocupando el cuarto (4) lugar en la lista de elegibles, razón por la cual no obtuvo el empleo, y aunque actualmente por haberse posesionado quien ocupó el primer lugar de mérito, este ocupe el tercer lugar de la lista, no está en el orden de elegibilidad para ser nombrado en caso de uso de lista de elegibles por lo que de efectuar su nombramiento en un cargo equivalente en aplicación de lo contenido en la Ley 1960 de 2020, desconocería las reglas del concurso señaladas en la convocatoria, aunado a que la citada norma establece que sus efectos serán ultractivos por lo que no podrá darse aplicación a la misma en la convocatoria 436.

Considera al que acceder a las pretensiones reclamadas, se desconocería lo establecido en el reglamento y las leyes que rigen la convocatoria, ya que cada OPEC tiene un Núcleo Básico de Conocimiento diferente y una experiencia específica, con lo que se vulnerarían los derechos de las demás personas que participaron en dicha convocatoria bajo códigos OPEC diferentes.

1.6.2. La Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC

No estando de acuerdo con lo ordenado por el juez de tutela, la Comisión Nacional del Servicio Civil, presentó escrito de impugnación señalando que el fallo desconoce el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, entra a suponer que el accionante tiene derecho a acceder a un cargo público por mérito, cuando la parte actora busca eludir que no logró posición de mérito para ser nombrada por vía de tutela. Señala que el accionante adujo que le fue violado el derecho fundamental al debido proceso, sin embargo, no dice por qué, ni en qué consistió la vulneración.

Considera que el fallo impugnado, resulta violatorio del numeral 4º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, vigente para cuando se realizó el concurso, que establecía

que con las listas de elegibles “en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso”, no otras. Además, dar aplicación a la Ley 1960 de 2019 de manera retrospectiva, desconoce que la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA, inició con la expedición del Acuerdo No. 20182120149475 del 17 de octubre de 2018, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley, encontrándose en consecuencia bajo su amparo o efecto.

Sostiene que como no se indicó en el texto de la Ley 1960 de 2019, que la misma era retroactiva o retrospectiva, esta sólo se puede aplicar a procesos de selección iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia (27 de junio de 2019). Si el legislador hubiese querido darle un efecto diferente así habría procedido, pero no corresponde al Juez de tutela sustituir al legislador, y menos sin siquiera cumplir la carga de argumentación suficiente de una excepción de inconstitucionalidad.

Agrega que la Convocatoria No. 436 de 2017 – SENA, de acuerdo con la normatividad aplicable, no previó la conformación de listas generales o unificadas, luego no puede el juez de primera instancia, pasados más de tres (3) años, cambiar las reglas de juego a que se sometieron miles de aspirantes, por lo que las listas de elegibles conformadas en la Convocatoria No. 436 de 2017 – SENA, contrario a lo señalado por el despacho judicial, pueden ser usadas durante su vigencia para proveer “mismos empleos” que surjan con posterioridad en la planta de personal de la entidad, y no para empleos creados con posterioridad y equivalentes, como se ordenó, en la medida que demanda por parte de las entidades, (CNSC y SENA) una actuación no prevista en el marco del proceso de selección.

Señala que el artículo 2.2.11.2.3 del Decreto 1083 de 2015 frente a “Empleos equivalentes”, no es aplicable a los elegibles que integren una lista y que producto de su orden de mérito no pudieron acceder a una de las vacantes ofertadas en el proceso de selección, resaltando que no ostentan derechos de carrera en el empleo para el cual concursaron. Así las cosas, el Criterio Unificado lejos de atar la condición de “mismo empleo” al código OPEC, estableció las características que permitirían determinar la igualdad, mas no la equivalencia, de dos o más empleos y con base en ello, autorizar el uso de una lista de elegibles, actuación que se reitera está amparada bajo el marco normativo vigente para la época en que dio inicio el proceso de selección, no siendo aplicable, como lo indica el juez preceptos posteriores, como es la Ley 1960 de 2019.

Finaliza señalando que, la CNSC a través de su Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, lejos de modificar el concepto de empleo equivalente o de interpretarlo, lo que hizo fue señalar la aplicación de la Ley 1960 de 2019 en el tiempo, esto respecto de los procesos de selección aprobados con anterioridad y posterioridad al 27 de junio de 2019.

Concluye que, no se ha vulnerado los derechos fundamentales del actor, dado que se le ha garantizado bajo la normatividad que rige el proceso de selección Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA, la posibilidad de aspirar y acceder por mérito a un empleo de carrera administrativa, diferente es que no existan "mismo empleos" Profesional, Grado 2 en la planta de personal del SENA frente a los cuales pueda autorizarse el uso de lista de elegibles y que esto le permite ser nombrado en período de prueba, aclarando en todo caso que "mismo empleo", no significa en ningún momento que corresponda a la misma OPEC a la que se inscribió el tutelante, sino a aquellas que cumplan con las características que comprende el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020.

1.7. Asunto previo

El accionante presentó escrito solicitando la confirmación del fallo de primera instancia, citando con ello, la sentencia de tutela, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia Sala Quinta – Mixta, el 15 de septiembre de 2020, mediante la cual ordenó a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, en el territorio nacional, respecto de los empleos relacionados con las OPEC 58995 y 59953, a las cuales concursaron los accionantes.

Adicional a ello, realizó un recuento de algunas sentencias de tutela, que han apoyado la aplicación con efecto retrospectivo de la Ley 1960 de 2019 en sus artículos 6 y 7, en acciones de tutela contra el SENA, ICBF y la CNSC

Por otra parte, y dado que la sentencia de tutela fue notificada en el portal web de la CNSC, algunas personas interesadas en la resultas del procesos, solicitaron la participación en la misma, a fin de coadyuvar las pretensiones del accionante.

1.7.1. Elizabeth Lopera León

Manifiesta la señora Lopera León que las entidades accionadas también vulneran sus derechos fundamentales, dado que participó en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, aplicando para el empleo de PROFESIONAL Grado 2, de la OPEC 60605, para en SENA, ocupando el tercer puesto de la lista de elegibles.

Señala que la entidad cuenta con algunas vacantes no ofertadas, conforme la ley 1960 de 2019, para el mismo empleo y área temática "profesional Grado 2", cargo para el cual concursó la señora Lopera León. Finalmente, hace un recuento sobre sentencias de tutela en casos análogos, al de la referencia.

1.7.2. Cristhian Felipe Salinas Cruz

Solicita al despacho, se le permita participar en calidad de coadyuvante en la tutela de la referencia, al considerar que los presupuestos fácticos expuestos en el escrito de tutela, se asemejan a su situación, toda vez que las accionadas violan igualmente sus derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, petición, igualdad y el acceso al empleo público tras concurso de mérito, Consagrados en la Constitución política colombiana.

Agrega que se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de PROFESIONAL Grado 2, de la OPEC 61403, para el SENA, quedando en el segundo lugar, ahora el primero por la recomposición automática de la lista.

Señala que en la entidad existen algunas vacantes no ofertadas para proveerlas, conforme la Ley 1960 de 2019, en el mismo empleo y área temática "profesional Grado 2", cargo para el cual concursó, por lo que considera que en efecto existen cargos equivalentes, para el cargo al que aspira.

1.7.3. José Ferney Montes Moreno

Solicita al despacho, participar como tercero interesado y coadyuvante en la tutela, al considerar que los presupuestos fácticos expuesto en el escrito de tutela, se asemejan a su situación, toda vez que se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, para el empleo nivel: instructor

denominación: instructor grado: 1 código: 3010 número opec: 59772, ocupando el puesto 12 (ahora el primero por la recomposición automática de la lista) de la lista de elegibles.

Señala que la entidad cuenta con vacantes no ofertadas para proveerlas, conforme la Ley 1960 de 2019, todas en el mismo empleo y área temática "instructor grado: 1", cargo para el cual concursó.

Finalmente hace un recuento de sentencias de tutelas, en las que se ordenó inaplicar por inconstitucionalidad, el Criterio Unificado "Uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019" proferido por la CNSC el 16 de enero de 2020.

1.7.4. Dina Luz Sánchez Ardila

La señora Dina Luz Sánchez Ardila, solicitó al despacho, participar como tercero interesado en la tutela de la referencia, señalando que se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de PROFESIONAL Grado 8, de la OPEC 60375. Agrega que alcanzó el 12 lugar, ahora el 11 lugar por la recomposición automática de las listas. Señala que la entidad cuenta con algunas vacantes no ofertadas, en el mismo empleo y área temática "profesional Grado 2", cargo para el cual concursó.

Finalmente hace un recuento de sentencias de tutelas, en las que se ordenó inaplicar por inconstitucionalidad, el Criterio Unificado "Uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019" proferido por la CNSC el 16 de enero de 2020.

1.7.5. Leidy Alexandra Infante Camargo

La señora Infante Camargo, presentó solicitud al despacho, mediante la cual solicitó al despacho participar como tercero interesado, dado que considera que se encuentra en una situación similar al del accionante, toda vez que también participó en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, para el empleo de PROFESIONAL Grado 8, de la OPEC 60375, para el SENA, alcanzando el segundo lugar, ahora el primer lugar, por la recomposición automática de las listas.

Agrega que en la entidad existen vacantes no ofertadas, para proveer el mismo empleo para el cual concursó y que en relación con las vacantes definitivas no convocadas que surgieron con posterioridad a la convocatoria de la cual hicieron parte los accionantes, la CNSC expidió, con base en la ley 1960 de 2019, un criterio unificado de 16 de enero de 2020 y la circular externa 1, de 2020, en cuyos documentos establece que tales vacantes deben ser para elegibles del "mismo empleo" que incluye la ubicación geográfica, representada en la entidad territorial del municipio de la OPEC donde quedó la vacante, lo que se convirtió en el factor determinante de provisión del empleo, reemplazando el criterio de mérito.

1.7.6. José Ricardo López Caro

Al considerar que se encuentra en una situación similar a la del accionante solicitó al despacho que, le se permita participar en el proceso de la referencia en calidad de tercer interesado, dado que también participó en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de PROFESIONAL Grado 8, de la OPEC 60375, para el SENA, ocupando el puesto 9, ahora el 8 por recomposición de la lista.

1.7.7. Yoneid Patricia Villa García

La señora Yoneid Patricia Villa García, manifiesta su interés de participar en el proceso de la referencia en calidad de tercero interviniente, señalando para ello que se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, ocupando el puesto 3, ahora el 1 por recomposición de la lista. Señala que la entidad cuenta con algunas vacantes no ofertadas, en el mismo empleo y área temática "instructor código 3010", cargo para el cual concursó.

1.7.8. Damaris Gómez Díaz

La señora Damaris Gómez Díaz, se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de PROFESIONAL Grado 2, de la OPEC 61401, logrando alcanzar tercer lugar, ahora el segundo lugar por la recomposición automática de las listas. Dado que considera que se encuentra en una situación similar al del accionante, solicita al despacho, aceptar su participación en el caso bajo estudio, en calidad de tercero interviniente.

Indica que existen por lo menos, 18 fallos de tutela, de diferentes especializaciones que han apoyado la aplicación con efecto retrospectivo de la Ley 1960 de 2019 en sus artículos 6 y 7, en acciones de tutela contra el ICBF y la CNSC, y que se apartan con sus decisiones de la inaplicación del criterio unificado del 16 de enero de 2020.

1.7.9. Aleyda Asprilla Avila.

Al igual que los antes citados, la señora Asprilla Avila, solicita se le permita participar en la tutela de la referencia, en calidad de tercero interviniente, dado que se encuentra en la misma situación del actor, al haber participado en la convocatoria a Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de PROFESIONAL Grado 7, de la OPEC 60518, para el SENA, quedando en el puesto 4 de la lista de elegibles, ahora el segundo, por la recomposición automática de la lista.

1.7.10. Jorge Enrique Correa Castellar

El señor Jorge Enrique Correa Castellar, manifiesta su interés de participar en el proceso de la referencia en calidad de tercero interviniente, señalando para ello que se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de INSTRUCTOR Grado 1, de la OPEC 58386, para el SENA, ocupando el puesto 2, ahora el 1 por recomposición de la lista. Señala que la entidad cuenta con algunas vacantes no ofertadas, en el mismo empleo y área temática “instructor código 3010”, cargo para el cual concursó.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y los artículos 32 y 37 del Decreto 2591 de 1991, el Tribunal Administrativo de Antioquia es competente para conocer y proferir fallo en segunda instancia acerca de la acción impetrada en el asunto de la referencia.

2.2. Problema jurídico

Corresponde a esta Sala determinar, con arreglo a las pruebas obrantes en el proceso, si es procedente revocar la sentencia de primera instancia como solicitan las entidades recurrentes, modificarla o confirmarla con base en los argumentos expuestos por el *a quo*, para lo cual deberán resolverse el siguiente cuestionamiento:

¿Para el efecto, se analizará si se encuentra ajustada a derecho, la decisión adoptada por las accionadas de no autorizar el uso de las listas de elegibles que integra el accionante, para proveer los cargos en vacancia definitiva o no convocados, en el área temática de bienestar integral al aprendiz, en los cargos con similitud funcional, particularmente para la OPEC 61424, sea a nivel departamental o nacional?

2.3. Marco normativo y jurisprudencial

2.3.1. Procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de concursos de méritos.

El artículo 86 de la Constitución Política establece la acción de tutela para que toda persona pueda: "*(…) reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública"*.

Esta acción constituye un mecanismo **preferente**, al ser un instrumento de protección inmediata de derechos fundamentales, **y subsidiario** por cuanto debe entenderse como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera tal que existiendo otros medios judiciales para la protección de los derechos fundamentales invocados, sólo procederá cuando éstos resultan insuficientes o ineficaces para otorgar un amparo integral o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; este principio de subsidiariedad se encuentra expresado normativamente en el tercer inciso del artículo 86 constitucional.

Pese lo anterior, la Corte Constitucional en diferente oportunidades ha manifestado que en relación con los concursos de méritos para acceder a los cargos de carreras, la acción de tutela es pertinente aun cuando teniendo la oportunidad de presentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo

Contencioso Administrativa, al considerar que dicho medio de control no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos.

En este sentido, aquella Corporación en la Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002, señaló:

> *"… existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos."*[1]

Así mismo, en Sentencia SU-913 de 2009, la Corte Constitucional concluyó que si bien, pueden existir otros mecanismos judiciales, estos deben ser eficaces y conducentes para poder la entidad excluir al mecanismo de tutela en la protección de derechos en materia de concurso de méritos. De lo contrario, esto es, acudir a un proceso ordinario o contencioso administrativo, se estaría obligando a soportar la vulneración de derechos que requieren atención inmediata.[2]

Se concluye entonces, que la máxima Corte de lo constitucional ha sido enfática al manifestar que la acción de tutela es el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir asuntos referentes a la provisión de cargos de carrera.

En todo caso, debe reiterarse que no basta la sola existencia de otro mecanismo de defensa de los derechos fundamentales para declarar la improcedencia de la tutela, sino que dicho mecanismo deber ser además efectivo para la protección de los derechos fundamentales supuestamente vulnerados.

---

[1] Ver también sentencias T-315 de 1998, SU-133 del 2 de abril de 1998, T-425 del 26 de abril 2001, de la Corte Constitucional.

[2] En tal sentido, la Sentencia SU-913 de 2009 señaló que: "*Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular*."

Así las cosas, con respecto a la protección ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando se requiere de la tutela, la Corte Constitucional en sentencia SU 339 de 2011, señaló que:

> *"En estos casos se ha establecido que las acciones ordinarias como son la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, retardan la protección de los derechos fundamentales de los actores, así mismo se ha señalado que estas acciones carecen, por la forma como están estructurados los procesos, de la capacidad de brindar un remedio integral para la violación de los derechos del accionante, razón por la cual, la tutela es el mecanismo idóneo para dar protección inmediata y definitiva a los derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad del concursante que no obstante, debido a sus méritos, ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, no fue nombrado en el respectivo cargo público".*

Así mismo, en Sentencia T-059 de 2019[3], la Corte Constitucional indicó:

> *17. Debido a ello, pese a la existencia de medios de defensa ordinarios que puedan ser idóneos para la protección de los derechos fundamentales invocados, lo cierto es que la acción de tutela puede ser procedente, de manera excepcional, con la finalidad de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.*
>
> *18.Particularmente, cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que (i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley[4]. En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico[5].*

Así, entonces, no existe duda que el mecanismo constitucional de amparo es el medio idóneo para controvertir los actos que se expidan en el desarrollo de un concurso público de méritos, pues cualquier otra acción judicial, no tendría la eficacia para proteger la presunta vulneración a los derechos fundamentales del afectado.

2.3.2. La igualdad, la equidad y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa.

El concurso de méritos ha sido considerado el instrumento más idóneo y eficaz, para determinar las aptitudes de los aspirantes a un cargo, por lo que es necesario que los principios que lo inspiran sean respetados.

---

[3] M.P. Alejandro Linares Cantillo
[4] Ver, entre otras, las sentencias T-509/11, T-604/13, T-604/13, T-748/13, SU-553/15, T-551/17 y T-610/17.
[5] Ver sentencia T-610/17.

Sobre la igualdad, la equidad y el debido, la Corte Constitucional en sentencia T 180 de 2015, señaló lo siguiente:

> *"El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.*
>
> *Para esta Corporación, ese sistema es una manifestación del principio de igualdad de oportunidades contenido en los artículos 13 y 125 la Carta Política, en tanto la selección del personal para el servicio público debe estar orientado para: (i) garantizar un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y (ii) contemplar medidas positivas frente a grupos sociales vulnerables o históricamente discriminados en términos de acceso a cargos estatales.*
>
> *Resulta vulneratorio del principio de igualdad de oportunidades cualquier práctica que discrimine a los aspirantes a un empleo público en razón de su raza, sexo, convicciones religiosas o políticas. Asimismo, es contrario al mencionado principio toda conducta que – sin justificación alguna – rompa el equilibrio entre los participantes de un concurso. De igual manera, resultan inconstitucionales por desconocer el principio de igualdad de oportunidades, aquellos concursos públicos que carezcan de medidas efectivas para garantizar condiciones más favorables a personas pertenecientes a ciertas poblaciones cuyas posibilidades de acceso al empleo público haya sido tradicionalmente negado.*
>
> *De otra parte, a partir del mandato contenido en el artículo 125 de la Carta y en virtud del derecho al debido proceso, la jurisprudencia ha derivado un conjunto de reglas orientadoras del sistema de ingreso, ascenso y retiro del servicio público. Así, este Tribunal ha señalado que: (i) el empleo público es, por regla general, de carrera; (ii) los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán escogidos por concurso público; (iii) el ingreso a la carrera administrativa y los ascensos serán por méritos; y (iv) el retiro se dará únicamente 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".*
>
> *La Sala Plena de este Tribunal, en sentencia C-040 de 1995, explicó detalladamente las etapas que, por regla general, conforman los concursos públicos para proveer los empleos de carrera. En dicha oportunidad esta Corporación explicó que la escogencia del servidor público de carrera debe estar precedida de las fases de (i) convocatoria, (ii) reclutamiento, (iii) aplicación de pruebas e instrumentos de selección y (iv) elaboración de lista de elegibles, enfatizando en que aquellas deben adelantarse con apego al principio de buena fe y los derechos a la igualdad y debido proceso.*
>
> *Como consecuencia de lo anterior, cuando la administración – luego de agotadas las diversas fases del concurso – clasifica a los diversos concursantes mediante la conformación de una lista de elegibles, está expidiendo un acto administrativo de contenido particular, "que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman."*
>
> *Esta Corporación ha señalado que las listas de elegibles generan derechos subjetivos que, por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado; o en hipótesis en las cuales su producción o aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales.*

> *Así las cosas, cuando la administración designa en un cargo ofertado mediante concurso público a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desconoce los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y trabajo de aquellos aspirantes que la anteceden por haber obtenido mejor puntaje. En idéntica forma, se vulneran los derechos fundamentales de quienes ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles, cuando aquellas se reconforman sin existir razones válidas que lo ameriten.*

3. CASO CONCRETO

Con la presentación de la acción de tutela, entre otras cosas, la parte actora pretende se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA inaplicar, el Criterio Unificado “Uso de Lista de Elegibles en el Contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2020” expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil el 16/01/2020 y del 06/08/2020 y toda interpretación contraria a la Ley 1960 de 2019. En el mismo sentido, solicita que la CNSC realice estudio de equivalencia funcional de las vacantes profesional, grado 2, 3 y 4 en el área temática de bienestar integral al aprendiz y que realicen los trámites administrativos pertinentes para dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019.

El *a quo*, accedió a las pretensiones incoadas por el señor HERNANDO ANDRÉS SÁNCHEZ CASTAÑO. No estando de acuerdo con ello, las entidades accionadas, esto es la CNSC y el SENA, presentaron escrito de impugnación.

La CNSC señaló que el amparo deprecado se tornaba improcedente, dado que (i) las listas de elegibles derivadas de la Convocatoria N° 436 de 2017 fueron aprobadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, pudiendo solo utilizarse para proveer vacantes de los empleos ofertados en el mencionado proceso de selección, o para cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos" - con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, (ii) no evidencia la subsidiariedad de la acción de tutela, (iii) lo dispuesto por el juez de tutela viola el contenido de la Ley 909 de 2004, pues señala que el uso de las listas de elegibles debe respetar el orden de mérito y que al (iv) aplicar la Ley 1960 de 2019 de manera retrospectivamente desconocería la normas de la convocatoria 436 de 2017.

Por su parte, el SENA manifestó que (i) la CNSC abrió la Convocatoria 436 de 2017 con el Acuerdo N° 20171000000116 del 24 de julio de 2017, donde se establecieron las reglas del concurso y se conformaron las listas de elegibles para proveer una vacante del empleo de carrera Opec No, 61424, denominado profesional, grado 2,

con vigencia de dos años, entidad que además aprobó el criterio de unificación que es cuestionado por el accionante, por lo que es ella la entidad responsable, (ii) no evidencia la falta de inmediatez de la acción de tutela, (iii) que el actor cuenta con otros mecanismos de defensa judicial contra los actos administrativos emitidos, pudiendo incluso solicitar medidas cautelares contra los mismos, (iv) no demostró la existencia de un perjuicio irremediable, (v) considera que la lista de elegibles solo se usa en caso de que se presente una vacante definitiva en el empleo inicialmente convocado, (vi) además la aplicación de la ley 1960 de 2019 desconocería las reglas del concurso, mismas que fueron señaladas en la convocatoria, finalmente (vii) considera que la citada ley señala que tiene efectos ultractivos.

Son varios los motivos por los cuales las entidades accionadas, consideran que la tutela de la referencia es improcedente, aspectos que se analizarán de forma separada, aunque no se siga el orden antes enunciado.

3.1. Otros mecanismos de defensa judicial, subsidiariedad del mecanismo de amparo y la existencia de un perjuicio irremediable.

Al respecto el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, establece que la acción de tutela es procedente solo cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La Corte Constitucional ha aceptado el amparo, cuando existiendo recursos, estos no son idóneos para evitar la vulneración de un derecho fundamental.

Señala el accionante que el Criterio Unificado “Uso de Lista de Elegibles en el Contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2020” es una limitante inconstitucional, por lo que pretende la inaplicación de lo allí consignado.

El criterio con el que no está de acuerdo el recurrente es un acto de carácter general, proferido por la CNSC, y el numeral 5º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela no procede en contra de actos generales.

Ha de tenerse en cuenta que la acción de amparo es de naturaleza subsidiaria y residual, por lo que, quien pretenda controvertir en sede judicial un acto administrativo deberá acudir a las acciones que para tales fines existen ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Pese lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela es procedente (i) cuando la persona afectada no cuente con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela, que sea adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, y que goce con suficiente efectividad para la protección de sus derechos fundamentales; y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En relación con lo citado, ha de indicarse que en el expediente no se evidencia que el accionante haya acudido a otro mecanismo judicial, tampoco indicó las razones por las cuales considera que los mecanismos judiciales existentes no fueran adecuados para resolver lo pretendido.

Se advierte entonces que, en principio, tal como lo manifestaron las entidades accionadas, el accionante cuenta con los medios de control de lo contencioso administrativo, pues estos son conducentes para proteger de manera efectiva los derechos del peticionario. Esto sin dejar de lado que, la Ley 1437 de 2011 establece la posibilidad de solicitar medidas cautelares, que son consideradas una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia pretendiendo de esta manera irradiar el escenario administrativo desde una perspectiva constitucional.

Respecto de la existencia de un perjuicio irremediable, se hace necesario señalar que el señor HERNANDO ANDRÉS SÁNCHEZ CASTAÑO, se inscribió en la Convocatoria No. 436 de 2017 – SENA, participando para el empleo denominado PROFESIONAL, Grado 2, OPEC 61424. Mediante Resolución número 20182120176165 del 13 de diciembre de 2018 la Comisión Nacional de Servicio Civil- CNSC conformó la lista de elegibles para proveer 1 vacante, ocupando el 4° lugar; la citada resolución, adquirió firmeza el 24 de diciembre de 2018 y tiene vigencia hasta el **23 de diciembre del año en curso**.

El hecho de que la lista de elegibles de la cual hace parte el accionante esté próxima a vencerse, evidencia la presencia de un perjuicio irremediable, hecho que sin lugar a dudas hace que el amparo presentado, sea procedente.

Aunado a lo anterior, se tiene que, dado la premura, los medios de control ofrecidos por la jurisdicción contenciosa administrativa, se tornan insuficientes para la protección de los derechos del afectado, pues se insiste, luego del 24 de diciembre pierde la condición de elegible, y ya nada podía hacer.

En conclusión, tal como lo señaló el juez de primera instancia, la acción de tutela de la referencia, es procedente.

3.2. Inmediatez de la acción de tutela

Tal como se ha indicado en líneas precedentes, el señor HERNANDO ANDRÉS SÁNCHEZ CASTAÑO, se inscribió en la Convocatoria No. 436 de 2017 – SENA, participando para el empleo denominado PROFESIONAL, Grado 2, OPEC 61424. Mediante Resolución número 20182120176165 del 13 de diciembre de 2018 la Comisión Nacional de Servicio Civil- CNSC conformó la lista de elegibles para proveer 1 vacante, ocupando el 4° lugar; la citada resolución, adquirió firmeza el 24 de diciembre de 2018 y tiene vigencia hasta el **23 de diciembre del año en curso**.

De lo anterior se desprende que el accionante conoce desde que participó en la convocatoria las normas que la regulan, y desde el 13 de diciembre de 2018, fue informado sonbre del lugar que ocupó en la lista de elegibles, por lo que en principio podría decirse que en la acción de la referencia, no se daría aplicación a la inmediatez.

Pese lo anterior, la discusión al interior de la tutela de la referencia, se centra en la posibilidad de inaplicar los Criterios Unificados “Uso de Lista de Elegibles en el Contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2020” expedidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil los días 16 de enero de 2020 y del 6 de agosto de 2020.

Así las cosas, siendo el último criterio expedido el 6 de agosto de la anualidad, esto es menos de dos meses, antes de la presentación de la acción de tutela, misma que fue repartida al juez Diecinueve Administrativo del Circuito de Medellín, el 2 de octubre. De ahí, que no es de recibo el argumento expuesto por el SENA, al señalar que no evidencia la presencia del principio de inmediatez.

3.3. Aplicación de la Ley 1960 de 2019 en el tiempo

De los documentos aportados por las partes, se desprende que el señor HERNANDO ANDRÉS SÁNCHEZ CASTAÑO, se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 para participar en el empleo de carrera identificado con código OPEC 61424, denominado profesional, grado 2, para proveer una vacante.

El propósito del citado empleo es “Desarrollar, controlar, supervisar, investigar y coordinar actividades para la ejecución de los planes, programas y proyectos

institucionales relacionados con la formación profesional integral a través de estrategias y programas de formación por competencias, asegurando el acceso, pertinencia y calidad para incrementar la empleabilidad, la inclusión social y la competitividad de las empresas y del país desde el Centro de Formación - BIENESTAR INTEGRAL AL APRENDIZ"

El señor SÁNCHEZ CASTAÑO, participó en el citado concurso de méritos y al haber ocupado el cuarto lugar en la lista de elegibles, no pudo acceder a dicho cargo, pues, fue designada la persona que tenía mejor derecho que él, sin embargo, dado la recomposición automática de las listas, el accionante actualmente, se ubica en el puesto 3 de la OPEC en la cual participó, lista que a la fecha se encuentra vigente.

Las entidades recurrentes señalan que las listas de elegibles derivadas de la Convocatoria N° 436 de 2017 fueron aprobadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, pudiendo solo utilizarse para proveer vacantes de los empleos ofertados en el mencionado proceso de selección, o para cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos" - con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, pero en ningún caso podrían ser utilizadas en procesos de selección iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia, de la citada ley, esto es el 27 de junio de 2019.

Se advierte entonces que la discusión, se centra en la aplicación en el tiempo de la Ley 1960 de 2019, toda vez que, por una parte, el accionante considera que cuenta con una expectativa de ser nombrado en un cargo similar dado la aplicación retrospectiva de la ley, y por el otro, las entidades accionadas, consideran que de ningún modo una norma puede ser aplicada hacia el pasado.

La Ley 1960 de 2019 "Por la cual se modifican la ley 909 de 2004, el decreto ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones", en su artículo 6, permite la conformación de lista de elegibles a nivel departamental o nacional, para ocupar cargos con similitud funcional a los empleos inicialmente provistos, para este caso, la OPEC 61424.

El citado artículo, reza de la siguiente manera:

> ARTÍCULO 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:
>
> "ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:
> 1. (…)
> 2 (…)
> 3 (…)

> 4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

De lo anterior se desprende que luego de haberse presentado las pruebas, se elaborará una lista de elegibles, que será utilizada para cubrir las vacantes para las cuales se efectuó el concurso de méritos. La citada norma, también es clara en señalar que, las listas de elegibles, pueden ser utilizadas para cubrir las vacantes definitivas de cargos equivalentes, que no fueron convocados en el concurso de méritos, siempre que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso de la misma entidad.

Así las cosas, podría decirse, en principio, que le asiste razón al accionante, al señalar que las vacantes "no convocadas" pueden ocuparse a partir de listas de elegibles que se conformen, pues, la norma no hace una distinción geográfica ni temporal, en cuanto a las listas que se encontraban vigentes antes de la expedición de la Ley 1960 de 2019.

Pese lo anterior, las entidades accionadas, con vehemencia, señalan que la aplicación de la citada ley, no es procedente, toda vez que su artículo 7, señala que "rige a partir de su publicación", esto es, el 27 de junio de 2019, por lo que, al haberse conformado la lista de elegibles, en la que se encuentra el accionante, mediante la Resolución número 20182120176165 del **13 de diciembre de 2018**, no le es aplicable las disposiciones de la ley 1960 de 2019.

La Comisión Nacional del Servicio Civil, en documento denominado, Criterio Unificado "Uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019", con fecha de sesión del 16 de enero de 2020, estableció que las listas de elegibles que quedaron en firme con anterioridad a la vigencia de la Ley 1960 de 2019, les son aplicables las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las que se hubiesen previsto en los acuerdos de convocatoria, en virtud del principio de ultractividad de la norma. Al respecto, en dicho documento se dijo lo siguiente:

> "En virtud de los apartes jurisprudenciales en cita y teniendo en cuenta que el concurso está integrado para diferentes actos administrativos iniciando con el de convocatoria al proceso de selección y culminando con el de evaluación del periodo de prueba, se concluye que las convocatorias para proveer vacantes definitivas de empleos de carrera, iniciadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, deberán agotar el procedimiento conforme a las reglas previamente

> establecidas en la convocatoria y en las normas que le sirvieron de sustento, con el fin de garantizar seguridad jurídica a las entidades y a los aspirantes. Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así coma aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.
>
> "De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNJSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC-de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que corresponda a los "mismos empleos' entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con el OPEC".

Por su parte, el accionante señala que, en virtud del principio de retrospectividad, la Ley 1960 de 2019 debe ser aplicada en su caso. Sobre el tema, la Corte Constitucional en Sentencia SU 309 de 2019, señaló lo siguiente:

> "El fenómeno de la retrospectividad, por su parte, es consecuencia normal del efecto general e inmediato de la ley, y se presenta cuando las normas se aplican a situaciones que, si bien surgieron con anterioridad a su entrada en vigencia, sus efectos jurídicos no se han consolidado al momento en que cobra vigor la nueva ley. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que 'el efecto en el tiempo de las normas jurídicas es por regla general, su aplicación inmediata y hacia el futuro, 'pero con retrospectividad, […] siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal…'. De este modo, 'aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma."[6]

La retrospectividad de la norma, hace referencia a la posibilidad de aplicar una ley a una situación jurídica que surgió con anterioridad a su vigencia, pero que para este momento (a la entrada en vigencia) aún no se ha consolidado, situación que se asemeja al narrado por el señor HERNANDO ANDRÉS SÁNCHEZ CASTAÑO, toda vez que existe una situación que surgió con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019 (conformación de lista de elegibles), pero a la fecha, sus efectos jurídicos no se han consolidado, pues solo se consolidarán, individualmente, en la medida en que se produzcan los nombramientos en período de prueba que es, precisamente, la finalidad de esas listas.

Es por ello que, pese a que todas las etapas de la Convocaría 436 de 2017, se encuentran vencidas, a la fecha, aún existe una lista de elegibles que se encuentra en firme y vigente, y a la cual hace parte el señor SÁNCHEZ CASTAÑO.

[6] Corte Constitucional, Sentencia SU 309 de 2019

Así pues, esta Sala considera que el efecto jurídico de la lista de elegibles, contenida en la Resolución número 20182120176165 del **13 de diciembre de 2018,** se concreta solo respecto de cada una de las personas que la integran en el momento en que se lleva a cabo su nombramiento en periodo de prueba.

En un caso similar, la Sala Quinta – Mixta del Tribunal Administrativo de Antioquia, en sentencia 15 de septiembre de 2020, con ponencia del Magistrado Daniel Montero Betancur, señaló lo siguiente:

> " (…) mientras el concursante se halle en la lista de elegibles y esta permanezca vigente, las normas de orden legal que modifiquen la forma de proveer la vacantes tiene la virtualidad de afectar la situación de quien no ha sido nombrado, no como consecuencia de un efecto retroactivo de la ley, sino, precisamente, como consecuencia del efecto general, según el cual la ley rige hacia el futuro y se aplica a situaciones jurídicas que, a pesar de nacer en vigencia de la ley anterior, se consolidan en vigencia de la ley posterior (efecto retrospectivo), tal como lo contemplan los artículos 52 y 53 de la ley 4 de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal), en armonía con los artículos 38, 41, 44, 45, 46 y 47 de la ley 153 de 1887 de cuyo contenido se deducen las reglas generales para resolver los conflictos de la aplicación de las leyes en el tiempo, así: (i) prevalencia general de la ley posterior sobre la anterior, (ii) las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene, (iii) el efecto general inmediato de las leyes, (iv) la subsistencia del estado civil adquirido conforme a la ley anterior pero con arreglo a la ley posterior en cuanto al ejercicio de derechos y obligaciones inherentes a dicho estado, (v) la conservación de derechos reales constituidos bajo ley anterior pero con sujeción al imperio de la ley nueva en cuanto a su ejercicio, cargas y extinción, (vi) la validez de los contratos celebrados bajo ley anterior con sometimiento de sus efectos a la ley nueva, y (vii) la preferencia de la ley preexistente favorable en materia penal, entre otros.
>
> Por ende, la ultractividad y la retroactividad de la ley, por regla general, debe ser previstas por el mismo legislador, salvo en las materias en que la misma Constitución autoriza la aplicación en la ley en el tiempo en tales condiciones (por ejemplo, en materia penal, en virtud del principio favor rei).
>
> El artículo 6 de la ley 1960 de 2019 modificó el artículo 31 (numeral 4) de la ley 909 de 2004, en cuanto a la provisión de las vacantes.
>
> En efecto, el artículo original de la ley 909 de 2004 (artículo 31, numeral 4) señalaba, fundamentalmente, que con las listas de elegibles elaboradas por la Comisión Nacional del servicio civil se debían proveer las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y la ley 1960 de 2019 (artículo 6) modificó dicha norma, en el sentido de prever que con las listas de legibles no sólo se deben proveer las vacantes para las cual es efectuó el concurso, sino aquellas vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad.
>
> La norma del artículo 6 de la ley 1960 de 2019, sin duda alguna, es aplicable, en virtud de efecto ordinario y retrospectivo la ley, a los concursos de méritos que se vienen adelantado y a aquellos que tienen lista de elegibles vigente, pero cuyas situaciones jurídicas aún no se ha concretado en relación con algunos de esos participantes, porque no han sido nombrados en período de prueba. En esa medida las vacantes que se presenten en cargos equivalentes deben ser provistas con las listas de elegibles vigentes aún cuando no hayan sido ofrecidos al inicio del concurso.
>
> No existe ninguna razón para que la Comisión Nacional del Servicio Civil le de una aplicación ultractiva al numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004, cuando el

> legislador no consagró ese efecto expresamente. Si el legislador hubiera querido darle ese efecto ultractivo a la citada ley 909, en virtud de la libertad de configuración legislativa, habría señalado expresamente que las nuevas disposiciones de la ley 1960 de 2019 se debían aplicar solamente para los concursos que iniciaran con posterioridad a su vigencia; pero, en este caso, por el contrario, el artículo 7 de esta última contempló que la ley 1960 de 2019 rige a partir de fecha de su promulgación, lo cual no deja espacio para la duda de su aplicación inmediata y retrospectiva para aquellas situaciones jurídicas que aún no se han consolidado."

Es claro entonces, que no es de recibo lo argumentado por las entidades accionadas, toda vez que, si bien es cierto que la lista de elegibles genera derechos para el concursante, también lo es que los efectos de la lista no se han agotado en relación con el accionante, por lo cual, la ley 1960 de 2019 es aplicable en el caso bajo estudio, es decir para la provisión de las vacantes que se presenten respecto de empleos equivalentes.

En este punto, se hace necesario indicar que, con la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019, en el presente asunto es factible consolidar listas del orden departamental o nacional, con el fin de ocupar vacantes no convocadas, con personal que se encuentre en las listas de elegibles vigentes, independientemente de la ubicación geográfica del cargo respecto del cual se conformó la lista, de no ser así, la citada normatividad no tendría aplicación alguna.

Tal como lo indicó el juez de primera instancia, esta sala considera que los criterios de unificación emitidos por la CNSC de 16 de enero y de 6 de agosto de 2020, restringen la aplicación de la Ley 1960 de 2019, toda vez que si bien dichos criterios establecen la posibilidad de cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, limita éste último concepto, a aquellos empleos que tengan igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes.

3.4. El respeto al orden de mérito.

La CNSC en el escrito de impugnación señaló que lo dispuesto por el juez de tutela viola el contenido de la Ley 909 de 2004, pues señala que el uso de las listas de elegibles debe respetar el orden de mérito.

No son de recibo los argumentos expuestos por el recurrente, dado que el mismo artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, es claro en señalar que "**en estricto orden de méritos** se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las

vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad".

En otras palabras, la entidad convocante, deberá, tanto para proveer las vacantes para las cuales el concurso fue creado, como para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes o no convocados, seguir en estricta forma el orden de méritos. Se concluye entonces que las vacantes "no convocadas" pueden ocuparse a partir de listas de elegibles que se conformen, ya sea de orden departamental o nacional, siempre que se siga el orden establecido.

Aunado a lo anterior, se tiene que el juez de primera instancia no ordenó, omitir la aplicación del orden de méritos, sino inaplicar por inconstitucional los Criterios Unificados emitidos por la CNSC de 16 de enero y 6 de agosto de 2020, dando aplicación al contenido de la Ley 1960 de 2019, que como ya se dijo, reitera la importancia de que se siga el orden de méritos, pues el objeto final de un concurso.

3.5. La lista de elegibles y el empleo convocado

Otro de los argumentos expuestos por el SENA, en contra de la sentencia impugnada, hace referencia a que la lista de elegibles solo se usa en caso de que se presente una vacante definitiva en el empleo inicialmente convocado.

En principio podría decirse que lo afirmado por la recurrente es cierto, pues para la época de la Convocatoria 436 de 2017, nada se había dicho sobre la posibilidad de que las listas de elegibles fueran usadas para cubrir las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, pues ello fue señalado en la Ley 1960 de 2019.

Como se indicó en líneas precedentes, "No existe ninguna razón para que la Comisión Nacional del Servicio Civil le dé una aplicación ultractiva al numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004, cuando el legislador no consagró ese efecto expresamente. Si el legislador hubiera querido darle ese efecto ultractivo a la citada ley 909, en virtud de la libertad de configuración legislativa, habría señalado expresamente que las nuevas disposiciones de la ley 1960 de 2019 se debían aplicar solamente para los concursos que iniciaran con posterioridad a su vigencia; pero, en este caso, por el contrario, el artículo 7 de esta última contempló que la ley 1960 de 2019 rige a partir de fecha de su promulgación, lo cual no deja espacio para la duda de su aplicación inmediata y retrospectiva para aquellas situaciones jurídicas que aún no se han consolidado."

Así pues, dado que es perfectamente aplicable lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, al caso bajo estudio, no puede señalarse que la lista de elegibles solo puede ser usada para el empleo convocado, pues la norma citada, permite que sean usadas para cubrir las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados.

3.6. La aplicación de la ley 1960 de 2019 desconocería las reglas del concurso

El apoderado del SENA considera que la aplicación de la Ley 1960 de 2019 desconocería las reglas del concurso, argumento que tampoco es de recibo por esta corporación, dado que si bien es cierto que se desconocía la existencia de esos paramentos, también lo es que en ningún momento se pone en riesgo el derecho de quienes alcanzaron el puntaje necesario para ocupar los cargos que fueron convocados.

3.7. Terceros dentro del trámite de tutela

El juez de primera instancia, en la sentencia proferida el 4 de agosto de la anualidad, entre otras cosas, ordenó a la CNSC publicar su decisión en el portal web de la institución, razón por la cual, estando el amparo constitucional en esta instancia, los señores Elizabeth Lopera León, Cristhian Felipe Salinas Cruz, José Ferney Montes Moreno, Dina Luz Sánchez Ardila, Leidy Alexandra Infante Camargo, José Ricardo López Caro, Yoneid Patricia Villa García, Damaris Gómez Díaz, Aleyda Asprilla Avila, Jorge Enrique Correa Castellar, presentaron memoriales señalando que se encuentran en un situación fáctica similar al del interesado, razón por la cual solicitan coadyuvar las pretensiones invocadas por el señor HERNANDO ANDRÉS SÁNCHEZ CASTAÑO.

La coadyuvancia en la acción de tutela se encuentra expresamente prevista en el inciso 2º del artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, el cual señala que: "Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud". Sobre este punto, la Corte Constitucional ha destacado que "(…) la coadyuvancia surge en los procesos de tutela, como la participación de un tercero con interés en el resultado del proceso que manifiesta compartir reclamaciones y argumentos expuestos por el demandante de la tutela, sin que ello suponga que éste pueda realizar planteamientos distintos o reclamaciones propias que difieran de las hechas por el demandante (…)"[7]

[7] Corte Constitucional, sentencia T-062 de 2010.

Así las cosas, las solicitudes presentadas serán tenidas en cuenta, y se aceptara la coadyuvancia de los mencionados, aclarando que la citada figura impone la prohibición de que el tercero coadyuvante realice planteamientos distintos **o reclamaciones propias** que difieran de las hechas por la demandante.

3.8. Decisión anterior

En una decisión anterior, similar al caso planteado, pero presentada en contra del ICBF, esta Sala consideró que la acción de tutela presentada era improcedente, en aquella oportunidad, entre otras cosas, indicó que dado que la lista de elegibles había vencido, no se evidenciaba un perjuicio irremediable.

Situación que difiere del caso bajo estudio, dado que como ya se advirtió, la presencia de un perjuicio irremediable hace que el amparo presentado se torne procedente.

3.9. Decisión

Así las cosas, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Dieciocho Administrativo de Oralidad del Circuito de Medellín el 4 de agosto de 2020.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, SALA PRIMERA DE ORALIDAD,** Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

F A L L A

PRIMERO. Se **ACEPTA** la coadyuvancia presentada por los señores Elizabeth Lopera León, Cristhian Felipe Salinas Cruz, José Ferney Montes Moreno, Dina Luz Sánchez Ardila, Leidy Alexandra Infante Camargo, José Ricardo López Caro, Yoneid Patricia Villa García, Damaris Gómez Díaz, Aleyda Asprilla Avila, Jorge Enrique Correa Castellar.

SEGUNDO. CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Diecinueve Administrativo de Oralidad del Circuito de Medellín, el 16 de octubre de 2020

TERCERO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO. Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de esta al Juzgado de origen.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

Esta providencia se estudió y aprobó en Sala de la fecha, como consta en **ACTA NÚMERO 083**

LOS MAGISTRADOS,

ÁLVARO CRUZ RIAÑO

JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

JOHN JAIRO ALZATE LÓPEZ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

SALA DE DECISIÓN No. 6

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

Tunja, doce (12) de noviembre de dos mil veinte (2020)

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: LEIDY ALEXANDRA INFANTE CAMARGO
ACCIONADO: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO
RADICACION: 15238 3333 003 2020 00081 01

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Sala a pronunciarse respecto de la impugnación presentada por la accionante contra el fallo de tutela proferido el 6 de octubre de 2020 por el Juzgado Tercero Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Duitama, en el que se resolvió inaplicar por inconstitucional para el caso de la accionante el *"criterio unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019"*, proferido por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el 16 de enero de 2020, y negó el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, de los niños, de petición, igualdad y al acceso al empleo público invocados por la accionante.

II. ANTECEDENTES

2.1. DEMANDA DE TUTELA:

La señora LEIDY ALEXANDRA INFANTE CAMARGO interpuso acción de tutela en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC y SERVICIO

NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, con el fin de que se le protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, derecho de los niños, de petición, igualdad y al acceso al empleo público tras concurso de merito (sic), los cuales considera vulnerados por las entidades accionadas al no haberse dado el tratamiento que corresponde a la vacancia definitiva, o a los empleos que se encuentran provistos en provisionalidad o por encargo y que corresponden a un empleo equivalente, de similar denominación, funciones, grado, y salario, que el de los empleos contenidos en la lista de elegibles de la OPEC 60375 de la Convocatoria 436 de 2017 de la CNSC. 3, del que hace parte.

Como consecuencia del amparo pretendido, solicitó que se ordene a las entidades accionadas realizar los trámites administrativos pertinentes para dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 6° y 7° de la Ley 1960 de 2019 y se autorice el uso de la lista de elegibles conformada mediante Resolución N° CNSC - 20182120139695 del 17 de octubre de 2018, respecto al cargo de Profesional Grado 8 código 60375, en uno de los empleos que se encuentran en provisionalidad, encargo o vacantes, teniendo en cuenta que el mismo fue convocado a concurso y la lista de elegibles se encuentra vigente.

Adicionalmente, solicitó que se ordene a la CNSC que oferte los empleos del cargo de profesional grado 8 código 60375 y una vez se autorice la lista de elegibles y se encuentre en firme, se remita al SENA para que proceda a efectuar su nombramiento en una de las vacantes descritas.

Finalmente solicitó INAPLÍCAR por inconstitucional el criterio unificado de uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019, emanado de la CNSC el 16 de enero de 2020.

Como fundamento **fáctico** de sus pretensiones, índico que mediante Acuerdo No. CNSC-20171000000116 DE 24- 07-2017, aclarado por el acuerdo No. 20181000001006 del 08 de junio, la CNSC convocó a Concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de

personal perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, Convocatoria No. 436 de 2017 – SENA", convocatoria en la que se convocó a concurso abierto de méritos para proveer 3.766 empleos con 4.973 vacantes, pertenecientes al Sistema General de Carrera, a la cual se inscribió la accionante para el empleo de profesional grado 8, de la OPEC 60375, cumpliendo con cada una de las etapas establecidas en el proceso, alcanzando el tercer lugar en la lista de elegibles y posteriormente el segundo lugar por la recomposición automática de las listas, realizada por medio de Resolución N° CNSC - 20182120139695 del 17 de octubre de 2018, asegurando, que actualmente ocupa el 1° por recomposición automática de la lista de elegibles.

Aseguró, que el día 17 de marzo de 2020 interpuso acción de tutela contra la CNSC y el SENA, la cual fue declarada improcedente en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera - Subsección B; por hechos fácticos y jurídicos diferentes al amparo solicitado en la presente acción. Procediendo seguidamente a presentar derechos de petición al SENA radicados bajo los Nos. "7-2020- 139619 - NIS.: 2020-01-190200 de Fecha: 24/08/2020, en los que solicitó información respecto de las vacantes existentes en el cargo de profesional grado 8; igualmente, mediante derecho de petición radicado No. "7-2020-143291 - NIS.: 2020-01-194622 de Fecha: 28/08/2020, pidió a la entidad, entre otras cosas, que procediera a realizar los trámites para que sea nombrada en los cargos que cumplan con los requisitos de la lista de elegibles de la que hace parte, en caso de que haya otra vacante (bien sea definitiva, provista mediante encargo o nombramiento provisional) en un empleo con las mismas características, como lo establece el artículo 6° la Ley 1960 del 2019, obteniendo respuesta negativa a dicha petición, con argumentos que a su juicio son contrarios a la Ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Adujo que el 1° de agosto de 2019 la Comisión Nacional del Servicio Civil emitió un *"Criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019"*, a través del cual restringió la aplicabilidad de lo dispuesto para la

reforma de la Ley 909 de 2004, en lo que respecta al uso de las listas de elegibles para proveer vacancias definitivas, especificando que la reforma legal sólo podía ser aplicada para proveer vacancias en las convocatorias a concurso de mérito realizadas con posterioridad de la entrada en vigencia de la citada ley, pero que el día 16 de enero de 2020 la CNSC expidió el CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" revocando el criterio unificado de 1 agosto de 2019.

Por último, informó que es madre cabeza de familia de dos niñas menores de 20 meses y tres años de edad.

2.2. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama profirió fallo de tutela en el presente asunto mediante providencia fechada el 06 de octubre de 2020, en el que resolvió i) inaplicar por inconstitucional para el caso de la accionante el *"criterio unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019"*, proferido por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el 16 de enero de 2020, y ii) negó el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, de los niños, de petición, igualdad y al acceso al empleo público invocados por la accionante.

Como fundamento de la referida determinación, la Juez de instancia inició por precisar que en el presente caso la acción de tutela se convierte en el mecanismo idóneo y eficaz de defensa judicial para resolver la controversia planteada, debido a que las pretensiones están encaminadas a obtener el amparo de los derechos fundamentales invocados, y como consecuencia de ello que se de aplicación a lo previsto en la ley 1960 de 2019 a efectos de que la accionante sea nombrada y posesionada en cargo de Profesional Grado 8 código 60375 de la Convocatoria 436 de 2017, en uno de los empleos que se encuentran en provisionalidad, encargo o vacantes y que corresponden a un empleo equivalente, teniendo en cuenta que la lista de elegibles de la que hace parte,

está próxima a vencer en el mes de noviembre del presente año, por lo que necesita medidas urgentes que no son provistas a través del medio de control como el de nulidad y restablecimiento del derecho.

Seguidamente, al estudiar la presunta vulneración del derecho de petición, adujo que las pruebas obrantes en el plenario permiten evidenciar que el SENA dio respuesta a las peticiones presentadas por la accionante, las cuales fueron puestas en conocimiento de la misma, precisando que no se debe entender conculcado este derecho cuando la autoridad responde oportunamente al peticionario, aunque la respuesta sea negativa.

Posteriormente, señaló que el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020 de la CNSC, resulta inconstitucional, por transgredir el artículo 125 de la Constitución Política, que establece que *"los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera" y que tanto el ingreso como el ascenso a los mismos "(…) se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes"*. Además, que con la determinación adoptada por la CNSC se desconoce el derecho de igualdad de quienes tienen a penas la expectativa de un derecho que no ha sido consolidado (nombramiento), y trunca la posibilidad para que las listas de elegibles de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019 puedan seguir siendo utilizadas para aquellas personas que cuentan con una simple expectativa de ser nombradas como ocurre con el caso de la accionante, razones por las que hizo uso de la excepción de inconstitucionalidad establecida en el artículo 4° de la Constitución Política, e inaplicó para el caso particular de la accionante el "criterio unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019" expedido por la CNSC, por resultar contrario a la Carta Política.

Adicionalmente, consideró dable aplicar retrospectivamente la Ley 1960 de 2019 al caso de la accionante, puesto que su situación no se encuentra consolidada dentro de la Convocatoria 436 de 2017, ya que esto solo se predica para la

persona que ocupó el primer lugar en la lista, la cual ya fue nombrada (NIYIRETH SÁNCHEZ HASTAMORIR. PUNTAJE (75.62). (fl.646) (fls. 761 y 762). Sin embargo, indicó que del cuadro comparativo de los cargos vacantes o en encargo que existen en el SENA de profesional grado 8, códigos 230, 9236, 303 y 4303, se pueda evidenciar que los mismos no corresponden a cargos equivalentes, precisando que si bien coinciden en algunos aspectos como el grado, requisitos de experiencia y en algunos casos los requisitos de estudio y las asignaciones básicas mensuales no tienen diferencias significativas, lo cierto es que pertenecen a procesos administrativos diferentes (GESTIÓN JURÍDICA, GESTIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL INTEGRAL, GESTIÓN CONTRACTUAL Y DIRECCIONAMIENTO ESTRATÉGICO), cuentan con diferentes propósitos y funciones, que difieren sustancialmente del cargo de profesional universitario grado 8, OPEC 60375, proceso Administrativo: GESTIÓN DE EMPRENDIMIENTO Y EMPRESARISMO, al que inicialmente se inscribió la accionante dentro de la convocatoria 436 de 2017, sin que puedan considerarse equivalentes como lo afirma la accionante.

Por las anteriores razones, la Juez de instancia concluyó que no se advierte vulneración del derecho fundamental de igualdad, debido a que las vacantes existentes en el SENA, en el cargo de profesional grado 8 identificadas con los códigos 230, 9236, 303 y 4303, no pueden ser ocupadas por aquellas personas que conforman la lista de elegibles establecida en la Resolución N° CNSC - 20182120139695 del 17 de octubre de 2018 de la cual hace parte la accionante, debido a que los cargos vacantes ostentan diferentes propósitos y cumplen diferentes funciones, por lo que aseguro que tampoco se encuentran vulnerados los derechos fundamentales al acceso a los cargos públicos y debido proceso, al no evidenciarse un actuar arbitrario e injustificado por parte de las accionadas al negarse a dar aplicación a dicha lista de elegibles.

2.3. IMPUGNACIÓN DEL FALLO DE TUTELA: Inconforme con la decisión de primera instancia, la accionante interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria del mismo y que, consecuentemente, se acceda al amparo

pretendido, aduciendo que cumple con las características de equivalencia según lo establecido en la Ley de la OPEC 60375 para la cual participó, con la IDP 303 del SENA, y que adicional a éste, existen más empleos vacantes ocupados en encargo o en provisionalidad que son equivalentes al OPEC 60375.

Indicó que la CNSC viola el principio de inescindibilidad de la norma porque en el Concepto Unificado de enero de 2020 solo toma del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 la parte de "mismo empleos", desechando la utilización de los empleos equivalentes, por lo que asegura que dicho concepto es inconstitucional, en la medida en que desafía flagrantemente el artículo 125 de la Constitución Nacional, y que en atención a dicho concepto, el SENA al mostrar las vacantes, no las asocia con empleos equivalentes, sino que toma solamente la definición del mismo empleo (que aparece en el acuerdo CNSC 0165 de 2015).

Adicionalmente, expuso que hubo error en la valoración de la prueba, debido a que cuando se configuró por primera vez la OPEC, quedó en la lista de elegibles en el segundo lugar, y por recomposición automática de la misma, ahora está en el primer lugar, debido a que la primera persona en la lista tomó posesión del cargo.

Refirió que no hay congruencia en la sentencia porque a pesar de ordenarse la inaplicación del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020; no tiene en cuenta la definición clara y precisa del concepto de "empleo equivalente" establecido en el Decreto 1083 de 2015, y en las definiciones de la propia CNSC en el acuerdo 0165 de 12 de marzo de 2020, incurriéndose en un defecto procedimental notorio.

ESCRITO ACLARATORIO. Mediante correo enviado el 26 de octubre del año en curso, la accionante informó que el 22 de septiembre de 2020 la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un nuevo Criterio en el que además de contemplar la definición de "Empleo Equivalente" también tiene en cuenta en su plenitud, el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, el cual dispone que las listas de

elegibles producto de un proceso de selección se usarán para proveer vacantes definitivas de los "mismos empleos" o "empleos equivalentes", en los casos previstos en la Ley.

2.4. COADYUVANTES: Los señores ALEYDA ASPRILLA AVILA, identificada con C.C. No. 54.251.503 de Quibdó (Chocó); Cristhian Felipe Salinas Cruz, identificado con C.C. No. 16.986.889 de Palmira; Damaris Gómez Díaz, identificada con C.C. No 52.212.646 de Bogotá, Dina Luz Sánchez Ardila, identificada con C.C. No. 21.022.760 de Tocancipá, JOSE RICARDO LÓPEZ CARO identificado con C.C. No. 5872905 de Cunday, LIZABETH LOPERA LEÓN identificada con C.C. No 51.982.013 de Bogotá, JORGE ENRIQUE CORREA CASTELLAR, Identificado con C.C. No 72.172.574 de Barranquilla, y Yoneid Patricia Villa García c.c. 32.|778.012 de barranquilla, presentaron escrito de coayuvancia en el que solicita se acceda a las pretensiones de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en que hacen parte de la misma lista de elegibles que la accionante, y que al igual que la misma se la han vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a cargos públicos, al no ser nombrados en cargos equivalentes creados con posterioridad a la convocatoria No. 436 de 2017 – SENA.

Como aportes para apoyar las pretensiones de la tutela, indicaron que es procedente al presente caso y a la situación de cada uno de los coadyuvantes, la situación más favorable al trabajador consistente en retrospectividad, en aras de utilizar la lista de elegibles vigente que integran, para proveer las vacantes definitivas no convocadas. Precisaron que "con la aplicación retrospectiva de la ley 1960 de 2019, en el presente asunto es factible consolidar listas del orden departamental o nacional, con el fin de ocupar vacantes no convocadas, con personal que se encuentre en las listas de elegibles vigentes, independientemente de la ubicación geográfica del cargo respecto del cual se conformó la lista."

Adicionalmente, solicitaron que para resolver el caso de la accionante se tenga en el fallo Tribunal superior de Medellín julio veinticuatro (24) de dos mil veinte

(2020). Radicado: 05001310902720200045 (081), Accionante: Diana Patricia Gómez Madrigal, Accionado: Comisión Nacional del Servicio Civil, Referencia: Tutela 2ª Instancia, M. Ponente: Santiago Apráez Villota, Aprobado en Acta No. 079, así como las siguientes sentencias proferidas en el mismo sentido:

"Radicado: 76001-33-021-2019-00234-01, Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Accionante Jessica Lorena reyes; M.P. Zorany Castillo Otálora: Proferido el 18 de noviembre de 2019, fallo de segunda instancia. - Radicado: 15001-33-33-012-2020-00007-01, Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, Accionante, Fabián Orlando Orjuela; M.P. Clara Eliza Cifuentes Ortiz, Proferido el 12 de marzo de 2020 fallo de segunda instancia. - Radicado: 11001-33-42-055-2020-00079-00, Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca sección primera –Subsección A, Accionante Manuel Fernando Duran Gutiérrez, M.P. Luis Manuel Lazzo Lozano, Proferido el 16 de junio de 2020 fallo de segunda instancia. - Radicado: 73001-33-33-005-2020-00058-01, Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, Accionante, Alexis Díaz González y otros, M.P. José Andrés Rojas Villa, Proferido el 14 de abril de 2020 fallo de segunda instancia. - Radicado: 19-001-31-05-002-2020-00072-01 Tribunal Superior del Distrito judicial de Popayán, sala laboral, Accionante, Ángela Cecilia Adustillo Montenegro, M.P. Leónidas Rodríguez Cortez, Proferido el 09 de junio de 2020 fallo de segunda instancia. - Radicado: 15238-31-04-002-2020-00002-01, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, Accionante, Luis Orlando Buitrago Sánchez, M.P. Eurípides Montoya Sepúlveda, Proferido el 25 de junio de 2020 fallo de segunda instancia. - Radicado: 76147-33-33-001-2020-00065-00, Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Accionante, Luisa María Flórez Valencia M.P. Omar Edgar Borja Soto, Proferido el 30 de abril de 2020 fallo de segunda instancia. - Radicado: 52-001-33-33-007-2020-00041, Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, Accionante, Andrés Mauricio Jaramillo Vallejo, M.P. Paulo León España Pantoja, Proferido el 24 de junio de 2020 fallo de segunda instancia. - Radicado: 171743104001-2020-0000090-1, Tribunal Superior Penal- Manizales, Accionante, Eleonora Maya Ospina, M.P. Antonio María Toro Ruiz, Proferido el 17 de abril de 2020 fallo de segunda instancia. - Radicado: 680013333011-2020000070-00, Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, Accionante, Patricia Caicedo Lara, M.P. Rafael Gutiérrez Solano, Proferido el 19 de mayo de 2020 fallo de segunda instancia. - Radicado: 110001-03-15-000-2020-1727-00 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo –sección tercera Subsección A, Accionante, Roberto Salazar Fernández, Sentencia de tutela de primera instancia (Sentencia que apoyó el fallo del Tolima). - Radicado: 190013110002-2020-0011-001, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán Sala Civil Familia, Accionante, Eliud Velasco Gómez M.P. Manuel Antonio Burbano Goyes, Proferido el 6 de agosto de 2020 fallo de segunda instancia. - Radicado: 11001334205520200013001, Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Accionante, Luz Helena Arévalo Rodríguez, M.P. Alfonso Sarmiento Castro, Proferido el 4 de septiembre de 2020 fallo de segunda instancia. - Radicado: 05001 33 33 031-2020-00152-01 Acumulado con proceso 050013333031-2020-00054-01, Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia Sala Quinta Mixta, Accionantes, Gustavo Adolfo pineda pineda y Wilson Bastos Delgado, M.P. Daniel Moreno Betancur, Proferido el 15 de septiembre de 2020 fallo de segunda instancia."

III. C O N S I D E R A C I O N E S

3.1. COMPETENCIA:

Este Tribunal es competente para decidir en segunda instancia la tutela de la referencia, con fundamento en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO:

Se contrae a determinar si las entidades accionadas han vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, relacionados con el debido proceso, derecho de los niños, de petición, igualdad y al acceso al empleo público tras concurso de merito (sic), por no haber sido nombrada en un empleo equivalente de carrera administrativa que se encuentre vacante en la planta de personal del SENA, y que tenga similar denominación, funciones, grado, y salario, que el de los empleos contenidos en la lista de elegibles de la OPEC 60375 (Profesional Grado 8) de la Convocatoria 436 de 2017 de la CNSC.

3.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

3.3.1. Derecho al debido proceso administrativo

El derecho al debido proceso es un derecho fundamental previsto en el artículo 29 de la Carta Política, el cual se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas con el fin de que los integrantes de la comunidad, en virtud del cumplimiento de los fines esenciales del Estado, puedan defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Constitución.

La jurisprudencia de la Corte ha definido el debido proceso administrativo como: "***(i)*** *el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la*

administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, ***(ii)*** *que guarda relación directa o indirecta entre sí, y* ***(iii)*** *cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal". Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca "****(i)*** *asegurar el ordenado funcionamiento de la administración,* ***(ii)*** *la validez de sus propias actuaciones y,* ***(iii)*** *resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados"*[1]

Del mismo modo ha señalado que existen unas garantías mínimas en virtud del derecho al debido proceso administrativo, dentro de las cuales encontramos las siguientes: *"****(i)****ser oído durante toda la actuación,* ***(ii)*** *a la notificación oportuna y de conformidad con la ley,* ***(iii)*** *a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas,* ***(iv)*** *a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación,* ***(v)*** *a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico,* ***(vi)*** *a gozar de la presunción de inocencia,* ***(vii)*** *al ejercicio del derecho de defensa y contradicción,* ***(viii)*** *a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y* ***(ix)*** *a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso"*[2]*;* garantías que deben ser atendidas por la administración so pena de concretar la vulneración de los principios que gobiernan la actividad administrativa, (igualdad, imparcialidad, publicidad, moralidad y contradicción).

3.3.2. El derecho de acceso a los cargos públicos. A la carrera administrativa a través del concurso de méritos.

El artículo 125 de la Constitución establece el mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración que consiste en que el Estado cuente *"con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud*

[1] Sentencia T – 010 de 2017.
[2] Sentencia C-214 de 1994

para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública"[3].

El mismo precepto establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público. En los términos de este artículo los funcionarios con sistemas de nombramiento que no han sido determinados por la Constitución o la ley serán nombrados por concurso público.

Ahora bien, la importancia de la carrera administrativa como pilar del Estado Social de Derecho, se puso de relieve por la Corte Constitucional en la sentencia C-588 de 2009, donde se indicó que el sistema de carrera administrativa tiene como soporte principios y fundamentos propios de la definición de Estado que se consagra en el artículo 1º constitucional, y su incumplimiento o inobservancia implica el desconocimiento de los fines estatales; del derecho a la igualdad y la prevalencia de derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como el acceso a cargos públicos y el debido proceso.

Así, la jurisprudencia constitucional ha definido la carrera como un sistema técnico en el que se administra el personal de organismos y entidades estatales, teniendo como objetivo la preservación de la estabilidad y del derecho de promoción de los trabajadores, garantizando la excelencia en la prestación del servicio y la eficiencia en la administración pública y de las actividades estatales, generando igualdad de oportunidades para ingresar, capacitarse y ascender en el servicio público, basándose solamente en el mérito y en las calidades de los aspirantes.

La Corte Constitucional ha señalado que la carrera tiene el carácter de principio del Estado Social de Derecho y del Ordenamiento Superior, y como tal, cuenta con objetivos tales como: ***(i)*** la realización de la función administrativa (art. 209 superior) al servicio de intereses generales y además es desarrollada de acuerdo

[3] Sentencia de la Corte Constitucional sentencia SU-086 de 1999.

con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, ***(ii)*** el cumplimiento de los fines esenciales del Estado (art. 2 constitucional) como servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, ***(iii)*** garantizar el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político a través del acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40-7 de la Constitución), ***(iv)*** salvaguardar el derecho a la igualdad (art. 13 de la Carta), y ***(v)*** proteger los principios mínimos fundamentales de la relación laboral consagrados en el artículo 53 de la Carta[4].

Debe señalarse además que la consagración del sistema de carrera fundado en el mérito propende por preservar y mantener en vigencia los derechos fundamentales de los individuos para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas y ejercer su derecho al trabajo en igualdad de condiciones y oportunidades de manera estable y contando con la opción de poder ascender de acuerdo con los resultados que haya demostrado en el desarrollo de los concursos a los cuales han tenido que someterse. De esta suerte, una vez superadas las etapas que supone una convocatoria que tenga por objeto proveer un cargo público, y conformado el registro de elegibles, nace para quienes cumplieron a satisfacción con cada una de las fases del mismo, el derecho de acceder al empleo, sin más limitaciones que aquella que se deriva del lugar que ocupa en el correspondiente registro.

3.4. CASO CONCRETO

En el sub judice, la señora LEIDY ALEXANDRA INFANTE CAMARGO solicita que se le amparen los derechos fundamentales invocados, y, como consecuencia de ello, se ordene a las entidades accionadas que la nombren en un empleo equivalente de carrera administrativa que se encuentre vacante en la planta de personal del SENA, y que tenga similar denominación, funciones, grado, y

[4] Sentencias de la Corte Constitucional C-1079 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-963 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería; C-1230 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-666 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

salario, que el de los empleos contenidos en la lista de elegibles de la OPEC 60375 (Profesional Grado 8) de la Convocatoria 436 de 2017 de la CNSC. 3, de la que hace parte. Lo anterior, con fundamento en el principio de retrospectividad de la ley 1960 de 2019.

Por su parte, la Comisión Nacional de Servicio Civil- CNSC, y el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA, cuestionan la aplicación de la ley 1960 de 2019 en el presente caso, aduciendo, de una parte, que el artículo 7 de dicha norma estableció que la vigencia de la ley regía a partir de su publicación, esto es, del 27 de junio de 2019, y de otra, que la CNSC en concepto de 16 de enero de 2020, aclaró que *"las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los* ***"mismos empleos"*** *entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC".* (fls. 471 a 639).

Visto lo anterior, y con el objeto resolver el litigio planteado, la Sala considera pertinente hacer un recuento de lo probado en el proceso, así como de las normas establecidas en la Convocatoria 436 de 2017 y demás normas concordantes que rigen la materia objeto de estudio, y el trámite administrativo adelantado por la CNSC y el SENA en torno a dicho asunto frente a la accionante.

Sea lo primero señalar que mediante Acuerdo 20171000000116 de 24 de julio de 2017, modificado por los Acuerdos 20171000000146 del 5 de septiembre de 2017, 20171000000156 de 19 de octubre de 2017, y 20181000000876 de 19 de enero de 2018 y aclarado por el 20181000001006 de 8 de junio de 2018, la CNSC convocó a un concurso abierto de méritos para proveer definitivamente

los empleos vacantes de la planta de personal del SENA (fls. 79 a 108, 503 a 542).

Entre los empleos ofertados en la que se denominó Convocatoria 436 de 2017-SENA, se encontraba el cargo **identificado con código OPEC 60375, denominado Profesional (SENA), Grado 8, Entidad: SENA, para el cual se ofertó una (1) vacante,** al cual se inscribió la accionante ocupando el tercer lugar en la lista de elegibles establecida por la CNSC mediante Resolución No. CNSC – 20182120139695 del 17 de octubre de 2018, por lo que el SENA nombró a quien ocupó el primer lugar; no obstante, por las reglas de recomposición automática de las listas de elegibles preestablecidas en la convocatoria (Art. 57[5] del Acuerdo N° CNSC - 20171000000116 del 24 de julio de 2017), le permite continuar en la misma (ahora ocupando el 1º lugar) hasta su vencimiento, tal como lo afirma la accionante y no lo controvierte las accionadas.

En el artículo 6° de la referida resolución se dejó establecido que la Lista de elegibles tendría una vigencia de dos (2) años, contados a partir de la fecha de su firmeza, conforme a lo establecido en el artículo 58 del Acuerdo No. 20161000001296 de 2016, en concordancia con lo estipulado por el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 (fl. 647).

En este punto, es del caso señalar que el artículo 31, numeral 4, de la ley 909 de 2004, que regía al momento de la convocatoria de la cual hace parte la accionante, consagraba lo siguiente:

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

[5] **ARTÍCULO 57. 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 53° y 54° del presente Acuerdo.

En idénticos términos, el parágrafo del artículo 56 del acuerdo No. 201700000116 de 2017, dispone:

> *"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 artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, mientras éste se encuentre vigente".*

Sin embargo; el artículo 6º de la ley 1960 de 2019, que modificó el numeral 4º del artículo 31 de la ley 909 de 2004, trae un nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil dentro de los procesos de selección aprobadas con anterioridad a su vigencia, esto es, junio 27 de 2019, en los siguientes términos:

> *"4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años.* ***Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad****".* (Resalado de la Sala).

En criterio de la CNSC, el referido régimen tiene aplicación en la actualidad para la provisión de las vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos. Así lo dejo establecido en criterio unificado de sesión realizada el 16 de enero de 2020, en los siguientes términos:

> *"**Las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos.***
>
> *"El nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas por la CNSC en el marco de los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer*

las vacantes de los empleos que integran la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos" o vacantes de empleos equivalentes". (subraya fuera de texto).

De lo anterior se ha de colegir que se está en presencia de un tránsito legislativo que modificó sustancialmente la validez y funcionalidad de las listas de elegibles, ampliando la posibilidad de los concursantes de poder acceder a cargos iguales o equivalentes a los ofrecidos en la convocatoria, y que surjan con posterioridad a la misma.

En el presente caso, la accionante solicita que, en virtud del principio de retrospectividad, se le de aplicación a lo establecido en el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, a efectos de que sea nombrada en un cargo vacante equivalente al que concurso y del que ocupo el segundo lugar de la lista de elegibles.

En relación con la retrospectividad de la norma, la Corte Constitucional en Sentencia SU 309 de 2019, señaló que dicho fenómeno es consecuencia normal del efecto general e inmediato de la ley, y se presenta cuando las normas se aplican a situaciones que si bien surgieron con anterioridad a su entrada en vigencia, sus efectos jurídicos no se han consolidado al momento en que cobra vigor la nueva ley, puntualizando que *"el efecto en el tiempo de las normas jurídicas es por regla general, su aplicación inmediata y hacia el futuro, 'pero con retrospectividad, […] siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal…'. De este modo, 'aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma*[6]***".***

[6] Corte Constitucional Referencia: Expediente T-7.071.794.Acción de tutela formulada por Darío Gómez Suárez contra la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS Sentencia del 11 de julio de 2019.

Frente a la aplicación de los efectos de la ley en el tiempo, la Sentencia C-619 de 2001, precisó que las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley ésta es de aplicación inmediata.

El Consejo de Estado[7] ha dejado establecido que la consolidación del derecho que otorga el haber sido incluido en una lista de elegibles, se encuentra determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer[8], así lo expreso:

> *"(...) Por el contrario, frente a situaciones inciertas y eventuales que no se consolidaron al amparo de una normatividad anterior, opera un principio de aplicación inmediata de la ley, a la cual deberán adecuar su conducta quienes no hayan logrado llevar a su patrimonio derechos que concedía la norma derogada. Así, la Corte ha señalado que mientras los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos por las leyes ulteriores, por el contrario, las simples expectativas no gozan de esa protección, pues "la ley puede modificar discrecionalmente las meras probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho." Por ello, las expectativas que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho, pueden ser reguladas por el legislador "según las conveniencias políticas que imperen en el momento, guiado por parámetros de justicia y de equidad que la Constitución le fija para el cumplimiento cabal de sus funciones." Cabe agregar que, en todo caso,* ***la consolidación del derecho que otorga el haber sido incluido en una lista de elegibles, se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer ..."*** *(Subrayado fuera de texto)*

Concordante con lo anterior, la Corte Constitucional[9] ha sido reiterativa en señalar que "aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no

---

[7] Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda — Subsección A. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación No: 15001-23-33-000-2013 - 00563-02. Acción de tutela — Impugnación. Bogotá D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil catorce

[8] Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda — Subsección A. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación No: 15001-23-33-000-2013 - 00563-02. Acción de tutela — Impugnación. Bogotá D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil catorce

[9] Ver Sentencia T-156 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa. En la mencionada providencia se abordaron las consideraciones que a continuación se esbozan en relación con los derechos constitucionales fundamentales de los primeros puestos en los concursos de méritos

cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido.". Así lo expresó:

> *"…las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme"[10]. Por otro lado, ha establecido que* ***"aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido."***[11]
> (..)
> *En el caso en estudio la lista de elegibles, en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58 Superior, en cuyos términos 'se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores (…)'. A partir de dicho mandato, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos subjetivos que han entrado al patrimonio de la persona, no pueden ser desconocidos por la ley, salvo que ello sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado[12]. (…)"[13].*

En este caso, según los antecedentes expuestos, la accionante fue incluida en una lista de elegibles que a la fecha de presentación de la acción de tutela se encontraba vigente, es decir, se está ante un derecho subjetivo adquirido, sin embargo, ese derecho no se ha concluido mediante el nombramiento en el empleo, lo cual implica que mantiene una expectativa frente a ello.

De las pruebas allegadas al plenario se observa que en vigencia de la lista de elegibles de la que hace parte la actora, se crearon empleos de similar clasificación que aquel para el cual concursó, interregno en el que fue expedida la Ley 1960 de 2019, por consiguiente, el fenómeno a examinar es el de la aplicación retrospectiva de la ley en tanto fue expedida luego de la convocatoria

---

[10] Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

[11] SentenciaT-455 de 2000; Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

[12] Ver sentencias C-147 de 1997; C-155 de 2007; C-926 de 2000; C-624 de 2008; T-494 de 2008.

[13] Corte Constitucional Referencia: Expediente T-3281110.Acción de tutela instaurada por Lidia Aurora Rodríguez Avendaño contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja. Magistrado Ponente Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Sentencia del 31 de mayo de dos mil doce (2012).

del concurso y de la conformación de la lista de elegibles, pero antes de su vencimiento.

Dentro de las referidas pruebas, encontramos las siguientes:

La accionante presentó derecho de petición fechado del 23 de agosto de 2020 ante el SENA, solicitante entre otras cosas que certificara los cargos de profesional grado 8 que se encuentren vacantes, en provisionalidad o en encargo, especificando la dependencia a la cual se encuentran adscritos, y si los mismos fueron o no reportados a la CNSC, y ofertados o no en la Convocatoria 436 de 2017 (fls. 690 a 692).

Posteriormente, mediante derecho de petición de fecha 27 de agosto de 2020, dirigido al Coordinador Grupo de Relaciones Laborales del SENA, la accionante solicitó se procediera a " *realizar los nombramientos en periodo de prueba definitivo de los cargos que tienen carácter de vacante, provisional y/o encargo en el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, que cumplan con los requisitos de la lista de elegibles conformada en virtud de la resolución No. 20182120139695 del 17 de octubre de 2018, es decir, en el cargo de Profesional Grado 08 ubicado en la Dirección General del SENA."*

La Coordinación del grupo de Relaciones Laborales – Secretaría General Dirección General del SENA, dio respuesta a las peticiones presentadas por la accionante, mediante oficio de 21 de septiembre del año en curso, en los siguientes términos:

> *"(…) Por lo tanto, es preciso indicar que el SENA ha efectuado el reporte de todas las vacantes definitivas existentes en la planta de personal a la CNSC y realizó la solicitud de uso de las listas de elegibles conformadas en la Convocatoria 436 de 2017 cumpliendo con la Circular 001 de 2020, corresponde a dicha Entidad emitir las autorizaciones respectivas para proveer los "mismos empleos" que cumplan con las características previstas en el Criterio Unificado y que aún se encuentren vigentes. Se adjunta base de datos con la información de las nuevas vacantes y su procedencia de uso de listas conforme a los lineamientos de la CNSC,*

precisando que en aquellas vacantes donde no existen listas de elegibles para su provisión, fueron reportadas para la nueva Convocatoria que adelanta actualmente la CNSC.

Así las cosas, y haciendo referencia a su petición, se informa que del reporte realizado hasta el momento a la CNSC de las vacantes definitivas generadas con posterioridad a la realización de la Convocatoria 436 de 2017 y de las vacantes cuyos concursos fueron declarados desiertos, no existe una vacante (desprovista, en provisionalidad o en encargo) que corresponda al empleo OPEC No. 60375, el cual se denomina Profesional Grado 08, ubicado en Bogotá D. C., con el propósito, funciones y requisitos del Proceso GESTIÓN DE EMPRENDIMIENTO Y EMPRESARISMO. En caso que con posterioridad se presente alguna vacante en la cual Usted cumpla con los requisitos para ser nombrada y se cuente con autorización de la CNSC, será oportunamente informada, motivo por el cual, no resulta procedente efectuar su vinculación en la planta de personal.

De otro lado y con relación a los puntos de su comunicación en los cuales solicita información respecto de cargos con equivalente propósito, requisitos y funciones al empleo al cual concursó, se precisa que ello correspondería determinarlo a la Comisión Nacional del Servicio Civil por ser la Entidad responsable de conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles, no sin antes aclarar que - como se dijo en las líneas precedentes -, ***el uso de las listas conformadas en el marco de la Convocatoria 436 de 2017 únicamente procede frente a vacantes que correspondan a los "mismos empleos"*** *reportados y respecto a los cuales ya se brindó una respuesta concreta. Finalmente, se informa que su Comunicación con radicado No. 7-2019044833, Fue atendida y resuelta a través de Comunicación No. 8-2019066749 del 24 de septiembre de 2019, la cual se anexa."*

De otra parte, el Coordinador Grupo de Relaciones Laborales – Secretaría General Dirección General- SENA, frente a los interrogantes planteados por el Juzgado de instancia, a través del auto admisorio de la demanda, certificó lo siguiente:

"*Señale, si existen actualmente vacantes en el SENA en todo el territorial Nacional para el cargo profesional grado 8 Código 60375 o equivalentes y en caso afirmativo indique la fecha desde la cual se encuentran vacantes los cargos y si los mismos han sido ofertados, allegando en todo caso la documentación que soporte la respuesta.*

Rta:/ La planta de profesionales grado 8 está constituida por 184 cargos de los cuales 29 son de carrera administrativa y 155 corresponden a la Planta Temporal. De esos 29 cargos en carrera administrativa 21 ya se encuentran provistos; 4 son vacantes temporales en donde el funcionario en carrera administrativa que ostenta sus derechos se encuentra en alguna situación administrativa que terminará y regresara a su cargo; ***4 son cargos vacantes surgidos después de la convocatoria 436 de 2017 y reportados a la Comisión para su provisión con uso de listas de los cuales 2 se encuentran provistos en encargo.*** *Ahora bien, estos 4 cargos ninguno cuenta con el propósito, funciones y requisitos del Proceso Administrativo: GESTIÓN DE EMPRENDIMIENTO Y EMPRESARISMO que corresponde a la OPEC 60375, a saber:*

REGIONAL	Descripción Centro de Costo	Observaciones	Proceso Administrativos
DIRECCIÓN GENERAL	DIRECCION JURIDICA	VACANTE CON ENCARGO	GESTIÓN JURÍDICA
DIRECCIÓN GENERAL	DIRECCION DE FORMACION PROFESIONAL	VACANTE - VACANTE A PARTIR DEL 30 DE ABRIL DE 2020	GESTION DE LA FORMACION PROFESIONAL INTEGRAL
CUNDINAMARCA	DESPACHO DIRECCION	VACANTE - VACANTE A PARTIR DEL 28 DE FEBRERO DE 2020	GESTIÓN CONTRACTUAL
HUILA	CENTRO DE GESTION Y DESARROLLO SOSTENIBLE SURCOLOMBIANO	VACANTE - VACANTE A PARTIR DEL 31 DE MARZO DE 2019 – CON ENCARGO	DIRECCIONAMIENTO ESTRATÉGICO

(…)
Señale, si han sido creados cargos en la Entidad cargos de profesional grado 8, Código 60375 o equivalentes, con posterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019, en caso afirmativo señale cuantos, allegando la documentación que lo soporte.

RTA:/ La última ampliación de planta permanente de personal del SENA correspondió a los 3000 cargos dispuestos en el Decreto 552 de 2017. Estos cargos empezaron a regir en las vigencias fiscales 2017, 2018 y 2019 a razón de 700 instructores y 300 profesionales anualmente, tal y como se indicó en el artículo 2 ibídem. Todos los cargos creados fueron reportados a la Comisión Nacional del Servicio Civil, Entidad que adelantó su proceso de selección a través de la Convocatoria 436 de 2017." (Resaltado fuera del texto). (fls. 681 a 682).

De otra parte, el SENA certificó sobre los aspectos relacionados con la asignación básica mensual, propósito, funciones, requisitos de estudio y experiencia, de los cargos de Profesional grado 8, que se encuentran vacantes en la Entidad (fls. 471-476), así:

"(…)

(Ver Art. 2.2.6.1, Decreto 1083 de 2015.)

PROFESIONAL					GRADO	08			
Vacantes	municipio	salario	IDP	req_estudio	req_experiencia	propósito	estado_vacante	dependencia	funciones
1	BOGOTA D.C	$4.682.810	230	Título Profesional en disciplina académica del Núcleo Básico de Conocimiento en: Derecho y afines. Título de posgrado en la modalidad de especialización en áreas relacionadas con las funciones del empleo. Tarjeta profesional cuando la exija la ley.	Veintisiete (27) meses de experiencia profesional relacionada	Brindar soporte, asesoría y acompañamiento jurídico a los clientes internos y externos, mediante la emisión de conceptos, interpretación normativa, defensa judicial, acciones de cobro coactivo, gestión de convenios y demás actividades jurídicas, para garantizar el cumplimiento de las funciones y objetivos de la Entidad.	Provisto en Encargo	Dirección General-Dirección Jurídica	6. Revisar jurídicamente los proyectos de actos administrativos reglamentarios, directrices jurídicas, que le sean asignados, para verificar el respeto a las normas de la Constitución, la ley y la jurisprudencia vigentes. ,7. Consultar permanentemente los avances jurisprudenciales y doctrinarios, a efectos de mantener actualizadas las interpretaciones, definiciones y decisiones del SENA en materia jurídica.,8. Las demás que le sean asignadas y que correspondan a la naturaleza de los procesos de la dependencia.,1. Proyectar la solución de los asuntos de carácter jurídico que se presenten en la entidad para dar adecuada aplicación a los principios de la administración pública, a través del uso de normas, conceptos internas y externas, vigentes y relacionadas con la actividad del Sena. ,2. Organizar las acciones actuaciones procedimientos actos administrativos y normas internas de la institución, que se ajusten a la normatividad vigente para evitar daño antijurídico y posible detrimento patrimonial mediante el seguimiento de las normas e instrumentos jurídicos de interés para la entidad, junto con su compilación, actualización y difusión. ,3. Participar en la emisión y difusión de las directrices jurídicas para la aplicación de las normas, y los lineamientos de los procedimientos jurídicos por parte de la entidad con fundamento en investigaciones jurídicas orientadas por la revisión y vigilancia permanente de la hermenéutica jurídica. ,4. Realizar en coordinación con las dependencias que corresponda, procesos de divulgación y capacitación al interior de la entidad para que todos sus actores cumplan sus obligaciones, normatividad aplicable, y se respeten sus derechos como los de los particulares. ,5. Atender la representación judicial y extrajudicial de la entidad dentro de los procesos judiciales y administrativos en que sea parte el SENA, cuando medie poder conferido por el Director General o el Director Jurídico. ,6. Efectuar la representación judicial y extrajudicial de la entidad dentro de los procesos judiciales y administrativos en que sea parte el SENA, cuando medie poder conferido por el Director General o el Director Jurídico. ,7. Coordinar, promover y participar en los estudios e investigaciones que permitan mejorar la prestación de los servicios a su cargo y el oportuno cumplimiento de los planes, programas y proyectos, así como la ejecución y utilización óptima de los recursos disponibles. ,8. Las demás que le sean asignadas por autoridad competente, de acuerdo con el área de desempeño y la naturaleza del empleo. ,Además las siguientes, donde se ubique el cargo,Conceptos jurídicos y producción normativa ,1. Organizar, revisar y proyectar los actos administrativos y documentos que se le asignen, con el fin de dar respuesta a las diferentes áreas de la Entidad. ,2. Proyectar y revisar los proyectos de ley, decretos y demás actos administrativos que guarden relación con las funciones del SENA. ,3. Realizar y organizar las investigaciones que en el campo jurídico requiera la entidad, con el fin de presentar los informes correspondientes a los competentes. ,4. Generar informes sobre la actividad
									conceptual, producción normativa y legislativa para ser presentados ante la Dirección General, Dirección Jurídica y al Congreso. ,5. Administrar la información resultado del ejercicio de sus funciones, para ser incluida en el sistema de consultas jurídicas, permitiendo a los usuarios conocer los diferentes conceptos de carácter general y particular que han sido emitidos. ,6. Proyectar conceptos jurídicos relacionados con la actividad y funciones de la entidad. ,7. Proyectar de acuerdo con la normatividad vigente circulares o directrices solicitadas por el Director de Área, o que dado el volumen de conceptos requeridos se consideren necesarias, para su posterior implementación.
1	BOGOTA D.C	$4.682.810	0236	Título Profesional en disciplina académica del núcleo básico de conocimiento en: Derecho y afines. o Administración. o Ingeniería de Sistemas, Telemática y Afines. o Arquitectura. o Contaduría Pública. o Economía. o Ingeniería Industrial y Afines. o Ingeniería Administrativa y Afines. Título de posgrado en la modalidad de especialización en áreas relacionadas con las funciones del empleo Tarjeta profesional en los casos requeridos por la ley	Veintisiete (27) meses de experiencia profesional relacionada.	Diseñar e implementar acciones requeridas para la eficaz adquisición de bienes, obras y servicios a través de las diferentes modalidades de contratación con el cumplimiento de la normatividad vigente para garantizar el adecuado funcionamiento de la Dirección Regional.	No Provisto	Cundinamarca-Despacho Dirección	1. Proponer acciones de asistencia al Director regional en la preparación y tramitación de la documentación requerida para la contratación y realizar los registros correspondientes. 2. Programar y gestionar el plan de compras de la regional de acuerdo con el plan operativo anual y la disponibilidad presupuestal. 3. Proyectar la documentación y requisitos legales de las solicitudes de contratación necesarias para el normal funcionamiento de la regional. 4. Proponer los términos de referencia, minutas de contratación con base en las especificaciones técnicas dadas en los estudios previos y presentar los proyectos de actos administrativos para el eficiente desarrollo y ejecución de los procesos de contratación 5. Proponer el tipo de proceso de contratación según las cuantías determinadas por la regional. 6. Proyectar el contrato para la suscripción y formalización por parte del encargado de la regional, obtener el registro presupuestal y las correspondientes garantías y mantener actualizada la información del contrato. 7. Gestionar y tramitar las adquisiciones y que estén estén incluidas en el plan de compra y elaborar el estudio de conveniencia y oportunidad de la contratación. 8. Gestionar la publicación en el aplicativo correspondiente del proceso de contratación de acuerdo con la normatividad vigente
1	BOGOTA D.C	$4.682.810	303	Título Profesional en disciplina académica del núcleo básico de conocimiento en: Administración, o Agronomía, o Antropología, artes liberales, o Arquitectura, o Bacteriología, o Bibliotecología, ciencias de ciencias sociales y humanas, o Biología, microbiología y afines, o Ciencia política, relaciones internacionales, o Contaduría pública, o Derecho y afines, o Diseño, o Economía, o Educación, o Ingeniería administrativa y afines, o Ingeniería agrícola, o	Veintisiete (27) meses de experiencia profesional relacionada.	Desarrollar, controlar, supervisar, investigar y coordinar actividades para la ejecución de los planes, programas y proyectos institucionales relacionados con la formación profesional integral a través de estrategias y programas de formación por competencias, asegurando el acceso, pertinencia y calidad, incrementando la empleabilidad, la inclusión social y la competitividad de las empresas y del país.	No Provisto	Dirección General-Dirección de Formación Profesional	1. Consolidar y gestionar los planes, programas, proyectos y estrategias para el fortalecimiento de la Formación Profesional Integral, de acuerdo con las políticas institucionales. 2. Alinear y desarrollar los instrumentos, guías y metodologías para el desarrollo de los planes, programas y proyectos de Formación Profesional Integral, de acuerdo a los objetivos institucionales a cargo de la Dirección. 3. Consolidar y gestionar los convenios y alianzas con entidades, organismos de cooperación, gobiernos locales, sector privado y demás actores con el fin de fortalecer el proceso de atención a los usuarios en cumplimiento de los objetivos y metas institucionales a cargo de la Dirección de Formación Profesional. 4. Evaluar y conceptuar sobre los diferentes consultas en materia de formación profesional, de acuerdo con las políticas institucionales adoptadas por la entidad. 5. Implementar y mantener los procesos definidos en el Sistema de Gestión de Calidad definidos para la Dirección de Formación Profesional, de acuerdo a la normatividad vigente y los lineamientos y políticas institucionales adoptados por la entidad. 6. Liderar la realización de actividades del SIGA, para mantener vigente la eficacia de los sistemas que lo componen de acuerdo con los procedimientos establecidos

				forestal y afines, o Ingeniería agroindustrial, alimentos y afines, o Ingeniería agronómica, pecuaria y afines, o Ingeniería ambiental o sanitaria y afines, o Ingeniería biomédica y afines, Ingeniería civil y afines; o Ingeniería de minas, metalurgia y afines, o Ingeniería de sistemas, telemática y afines, o Ingeniería eléctrica y afines, o Ingeniería electrónica, telecomunicaciones y afines, o Ingeniería industrial y afines, o Ingeniería mecánica y afines, o Ingeniería química y afines, o Matemáticas, estadística y afines, o Medicina veterinaria, o Otras ingenierías, o Psicología, o Química y afines, o Sociología, trabajo social y afines, o Zootecnia. Título de postgrado en la modalidad de especialización en áreas relacionadas con las funciones del empleo. Tarjeta profesional en los casos requeridos por la ley.					para este fin. 7. Las demás que le sean asignadas por autoridad competente, de acuerdo con el área de desempeño. Producción Curricular 1. Consolidar y desarrollar el plan anual de diseño curricular para creación, adecuación y actualización de programas de formación en todas las modalidades, metodologías y niveles, de conformidad con las metas y objetivos institucionales a cargo de la Dirección. 2. Aplicar los elementos básicos del modelo pedagógico de la formación a cargo de la Dirección de Formación Profesional, conforme a los lineamientos y políticas adoptados por la entidad en esta materia.
1	PÚBLICO	SMLMV	1003	Título profesional en disciplina académica del núcleo básico de conocimiento en: Economía o Administración o Ingeniería Industrial y Afines o Ingeniería Administrativa y Afines o Contaduría Pública o Ingeniería Civil y Afines o Arquitectura o Educación o Derecho y Afines. o Bibliotecología, Otros de Ciencias Sociales y Humanas o Ciencia Política, Relaciones Internacionales o Ingeniería de Sistemas, Telemática y afines o Matemáticas,	Veintiseis (27) meses de Experiencia profesional relacionada	Aplicar conocimientos profesionales en la formulación de la planeación estratégica y operativa del Centro y realizar su implementación, seguimiento y control, mediante la aplicación de metodologías e instrumentos de planeación y evaluación, para asegurar el mejoramiento continuo de la gestión institucional.	Provisto en Encargo	Hoja Centro de Gestión y Dllo Sostenible Surcolombiano	10. Liderar la realización de actividades SIGI, para mantener vigente la eficacia de los sistemas que lo componen de acuerdo con los procedimientos establecidos para el fin. ,1. Programar las diferentes actividades a realizar en la vigencia en el Centro de Formación de conformidad con el Plan Estratégico de la entidad, sus Políticas y Objetivos. ,2. Gestionar ante las instancias correspondientes, los recursos y las viabilidades con la oportunidad que demande los programas y proyectos formulados para el óptimo funcionamiento del Centro de Formación de acuerdo con los procedimientos establecidos. ,3. Realizar los estudios e investigaciones que demande el óptimo funcionamiento del centro en sus diferentes áreas de desempeño de acuerdo con la necesidad del servicio y los procedimientos establecidos .4. Elaborar y participar en la implementación de proyectos y programas para el óptimo funcionamiento del Centro de Formación de acuerdo con el plan estratégico de la entidad, los programas regionales, las políticas, estrategias y los procedimientos establecidos desde la Dirección General. ,5. Atender oportunamente las comunicaciones, peticiones, actuaciones administrativas e

				Estadística y afines o Psicología o Sociología, Trabajo Social y Afines o Ingeniería Agrícola, Forestal y Afines o Ingeniería Ambiental, Sanitaria y Afines o Ingeniería Eléctrica y Afines o Ingeniería Mecánica y Afines o Ingeniería Agronómica o Ingeniería de Minas, Metalurgia y Afines. Título de posgrado en la modalidad de especialización en áreas relacionadas con las funciones del empleo. Tarjeta profesional en los casos requeridos por la ley					informes relacionados con las funciones asignadas al Centro en el marco del proceso. ,6. Efectuar el levantamiento de la información estadística del Centro con el propósito de establecer y mantener una base de datos confiable para la toma de decisiones de la Subdirección y demás requerimientos de las direcciones general y regional. ,7. Articular y estudiar la información estratégica por fuentes (internas y externas) para generar respuesta institucional a la demanda y cambios de los entornos social, económico y tecnológico del Centro. ,9. Realizar el seguimiento a los programas, proyectos y metas del Centro, y coordinar la evaluación de los mismos en términos de impacto, con cuyos resultados se pueda tomar óptimas decisiones. ,8. Preparar la información sobre: mapas tecnológicos, tendencias y cambios, avances científico-tecnológicos y nuevos procesos en innovación tecnológica, en el corto, mediano y largo plazo para actualización de los programas de formación, perfiles ocupacionales, ambientes de aprendizaje y los servicios tecnológicos que ofrecerá el Centro. ,11. Las demás que le sean asignadas por autoridad competente, de acuerdo con el área de desempeño.

Por auto de 1º de octubre del año en curso (fl. 755), el juzgado de instancia requirió al SENA, para que efectuara algunas precisiones sobre el cargo profesional grado 8, Código 60375 ofertado mediante convocatoria N°436 de 2017, entidad que certificó lo siguiente:

> *"Al respecto aclaramos, que como se informó a su despacho se remitió el soporte de reporte del cargo al SIMO, vale la pena aclarar que el reporte se hace con la información a la fecha del mismo, esto ese en el año 2017. En la actualidad el cargo aparece en plata (sic) así:*

COD	REGIONAL	Descripción Centro de Costo	ID PLANTA	OPEC PLANTA NUEVA CONVOCATORIA 436 DE 2017	Descripción Cargo	Identificación	Nombres	Apellidos	Nombre Estado Cargo
1	DIRECCIÓN GENERAL	DIRECCION DE EMPLEO Y TRABAJO	8215	60375	Profesional G08	52882166	NIYIRETH	SANCHEZ HASTAMORIR	PROVISTO - ACTIVO

(…)" (fls.761-762).

Por su parte, conforme a la información reportada en el SIMO, para el cargo de profesional grado 8 OPEC 60375, al que concursó la accionante en el marco de la convocatoria N°436 de 2017, cuenta con la siguiente información:

MUNICIPIO	SALARIO	REQ_ ESTUDIO	REQUISITOS DE EXPERIENCIA	PROPÓSITO	REQUI. DE ESTUDIO	FUNCIONES
BOGOTÁ, D.C.	5083643	Título Profesional en los NBC: Administración Economía. Título de postgrado en la modalidad de especialización en disciplina relacionada con las funciones del empleo Tarjeta profesional cuando lo exija la ley	Veintisiete (27) meses de experiencia profesional relacionada	Desarrollar, supervisar, investigar y coordinar actividades de los planes, programas y proyectos institucionales relacionados con la proyecciòn, formulaciòn, acompañamiento para la creación y fortalecimiento de iniciativas productivas y/o empresas y el desarrollo de modelos de negocio, el fortalecimiento de las que están en etapa de crecimiento a través de actividades de formación por proyectos que contribuyan al crecimiento del tejido social y económico del país	"El Título de Postgrado en la modalidad de doctorado o postdoctorado, por: Cuatro (4) años de experiencia profesional y viceversa, siempre que se acredite el título profesional o Título profesional adicional al exigido en el requisito del respectivo empleo, siempre y cuando dicha formación adicional sea relacionada con las funciones del cargo o Terminación y aprobación de estudios profesionales adicionales al título profesional exigido en el requisito del respectivo empleo, siempre y cuando dicha formación adicional sea relacionada con las funciones del cargo, y dos (2) años de experiencia profesional."	Definir lineamientos, estrategias, planes, programas, proyectos y metas, que permitan el cumplimiento de los objetivos y mejoras del proceso a nivel nacional., Elaborar e implementar los lineamientos para la consolidación del plan de acción, así como las herramientas necesarias para el desarrollo del proceso gestión de Emprendimiento y Empresarismo, con el fin de contribuir al cumplimiento de los objetivos institucionales.,Formular y Planear los proyectos de inversión y actividades requeridas, para gestionar los recursos de acuerdo con los requerimientos establecidos por la Dirección de Planeación y Direccionamiento Corporativo y el Departamento Nacional de Planeación., Analizar y concertar los planes de acción de emprendimiento, propuestos por las regionales y centros de formación de acuerdo con los lineamientos para asignación de metas y presupuesto requerido., Analizar la gestión de las regionales y centros de formación, para establecer planes de mejoramiento que aseguren el cumplimiento de objetivos., Gestionar la suscripción de convenios para promover los programas, proyectos y servicios referentes al proceso de Gestión de Emprendimiento y Empresarismo de acuerdo con las necesidades del mismo en términos de eficacia, eficiencia y calidad del servicio con el fin de optimizar y ampliar la cobertura de los programas., Emitir conceptos técnicos y propuestas de la gestión del proceso de Emprendimiento, Empresarismo de

						acuerdo con los lineamientos y normatividad aplicable., Definir el esquema de seguimiento a las actividades establecidas y ejecutadas en el proceso con el fin asegurar el cumplimiento a las metas, programas, proyectos, convenios, contratos, acuerdos y demás compromisos asociados al mismo., Establecer y realizar el seguimiento a las responsabilidades consignadas en el acta de la Comisión Técnica Nacional Fondo Emprender y Consejo Directivo Nacional SENA de acuerdo con los tiempos y lineamientos establecidos, asegurando el cumplimiento en la ejecución de los contratos de cooperación con los emprendedores. Gestionar los mecanismos de seguimiento y control necesarios, para que los derechos de petición, quejas, reclamos, sugerencias y comunicaciones o actuaciones administrativas que lleguen al área, sean tramitados y respondidos dentro de los términos de ley estableciendo las acciones de mejora necesarias,Liderar la realizaciòn de actividades del SIGA, para mantener vigente la eficacia de los sistemas que lo componen de acuerdo con los procedimientos establecidos para este fin.,Las demás que le sean asignadas por autoridad competente, de acuerdo con el área de desempeño.

Bajo dicho contexto, considera la Sala que es dable aplicar retrospectivamente la Ley 1960 de 2019 al caso de la accionante, puesto que su situación no se encuentra consolidada dentro de la Convocatoria 436 de 2017, ya que esto solo se predica para la persona que ocupó el primer lugar en la lista, quien ya fue nombrada (NIYIRETH SÁNCHEZ HASTAMORIR. PUNTAJE (75.62). (fl.646) y (fls. 761 y 762).

La Comisión Nacional de Servicio Civil mediante CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES" Fecha de sesión: 22 de septiembre de 2020, estableció cinco pasos para establecer si un empleo es equivalente a otro, así:

"(…..)

¿Cómo determinar si un empleo es equivalente a otro para efectos del uso de listas de elegibles en la misma entidad?

III. RESPUESTA

En cumplimiento del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, las listas de elegibles producto de un proceso de selección se usarán para proveer vacantes definitivas de los "mismos empleos" o "empleos equivalentes", en los casos previstos en la Ley[14]

Para efecto del uso de listas se define a continuación los conceptos de "mismo empleo" y "empleo equivalente":

• MISMO EMPLEO. Se entenderá por "mismos empleos", los empleos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes[15]; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.

• EMPLEO EQUIVALENTE. Se entenderá por empleos equivalentes aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan grado salarial igual, posean el mismo requisito de experiencia, sean iguales o similares en cuanto al propósito principal o funciones, requisitos de estudios y competencias comportamentales y mismo grupo de referencia3 de los empleos de las listas de elegibles.

Para analizar si un empleo es equivalente a otro, se deberá:

PRIMERO: Revisar las listas de elegibles vigentes en la entidad para determinar si existen empleos del mismo nivel jerárquico y grado del empleo a proveer.

NOTA: Para el análisis de empleo de nivel asistencial se podrán tener en cuenta empleos de diferente denominación que correspondan a la nomenclatura general de empleos, con el mismo grado del empleo a proveer. Por ejemplo, el empleo con denominación Secretario Código 4178 Grado 14 y el empleo con denominación Auxiliar Administrativo Código 4044 Grado 14.

SEGUNDO: Identificar qué empleos de las listas de elegibles poseen los mismos o similares requisitos de estudios del empleo a proveer.

[14] Vacantes generadas por modificación de planta, o por las causales del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.
[15] Mismo Grupo de Aspirantes: Grupo de aspirantes a quienes se les evalúa las mismas competencias (mismo cuadernillo); y a quienes se les califica con los mismos parámetros estadísticos y el mismo ponderado (mismo sistema de calificación).

Para el análisis, según corresponda, se deberá verificar:

a. Que la formación exigida de educación primaria, secundaria o media (en cualquier modalidad) en la ficha del empleo de la lista de elegibles corresponda a la contemplada en la ficha del empleo a proveer.

b. Que para los cursos exigidos en la ficha del empleo de la lista de elegibles la temática o el área de desempeño sea igual o similar a la contemplada en la ficha del empleo a proveer y la intensidad horaria sea igual o superior.

c. Que la disciplina o disciplinas exigidas en la ficha del empleo de la lista de elegibles estén contempladas en la ficha del empleo a proveer.

d. Que el NBC o los NBC de la ficha del empleo de la lista de elegibles este contemplado en la ficha del empleo a proveer.

e. Que la disciplina o disciplinas de la ficha del empleo de la lista de elegibles pertenezca al NBC o los NBC de la ficha del empleo a proveer.

NOTA: Cuando el requisito de estudios incluya título de pregrado o aprobación de años de educación superior, según corresponda, se deberá seleccionar las listas de elegibles con empleos cuyos requisitos de estudios contienen al menos una disciplina o núcleo básico del conocimiento de los requisitos de estudio del empleo a proveer.

TERCERO: Verificar si los empleos de las listas de elegibles anteriormente seleccionados poseen los mismos requisitos de experiencia del empleo a proveer, en términos de tipo y tiempo de experiencia.

En caso de que los requisitos del empleo incluyan equivalencias entre estudios y experiencia, el estudio se podrá efectuar sobre la equivalencia aplicada establecida en el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales.

CUARTO: Con los empleos seleccionados anteriormente, se deberá identificar los elementos que determinan la razón de ser de cada uno de los empleos, el propósito principal y las funciones esenciales, esto es las que se relacionan directamente con el propósito.

Una vez seleccionados los elementos anteriormente descritos, se deberá revisar que la acción de al menos una (1) de las funciones o del propósito principal del empleo de la lista de elegibles contemple la misma acción de alguna de las funciones o del propósito del empleo a proveer.

Entendiéndose por "acción" la que comprende el verbo y el aspecto o aspectos sobre el que recae este, sin que esto implique exigir experiencia específica, la cual se encuentra proscrita en el ordenamiento jurídico colombiano. Por ejemplo, las funciones "proyectar actos administrativos en temas de demandas laborales" y "proyectar actos administrativos en carrera administrativa" contemplan la misma "acción" que es proyectar actos administrativos y por lo tanto, los dos empleos poseen funciones similares.

QUINTO: Verificar qué empleos a analizar poseen iguales o similares requisitos en cuanto a competencias comportamentales para lo cual se deberá verificar que al menos una (1) competencia comportamental común del empleo de la lista de elegibles coincida con alguna de las competencias comunes del empleo a proveer y que al menos una (1) competencia comportamental por nivel jerárquico del empleo de la lista de elegibles coincida con alguna de las competencias por nivel jerárquico del empleo a proveer.

Los empleos que hayan sido identificados como equivalentes en la planeación de los Procesos de Selección, se tratarán como un mismo grupo de referencia o grupo normativo."

Así pues, un análisis en conjunto de las disposiciones previamente citadas, permiten inferir la posibilidad de utilizar una determinada lista de elegibles para proveer empleos de similar clasificación al que se concursó y que fueron creados con posterioridad a la convocatoria. Ahora bien, la materialización de dicha prerrogativa no opera *per se*, pues para ello será necesario comprobar si una determinada lista de elegibles es idónea para proveer un nuevo cargo creado en la planta de personal.

Siendo ello así, corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil establecer si los empleos con listas de elegibles vigentes encuentran equivalencia con aquellos que fueron creados con posterioridad a la convocatoria; entendiendo para todos los efectos, en los términos del artículo 89 Decreto 1227 de 2005, modificado por el art. 1 del Decreto 1746 de 2006, que dos cargos son semejantes cuando tienen asignadas funciones iguales o similares para su desempeño, se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares.

Lo anterior sin perder de vista que los empleos cuya similitud se estudia deben tener una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.

Ahora bien, en el asunto que ocupa la atención del Tribunal, se encuentra probado que:

- La accionante ocupó el tercer lugar en la lista de elegibles establecida por la CNSC mediante Resolución No. CNSC – 20182120139695 del 17 de octubre de 2018, respecto del cargo de profesional grado 8, con código OPEC 60375, por lo que el SENA nombró a quien ocupó el primer lugar; no obstante, por las reglas de recomposición automática de las listas de elegibles preestablecidas en la convocatoria (Art. 57[16] del Acuerdo N° CNSC - 20171000000116 del 24 de julio de 2017), le permite continuar en la lista de elegibles (ahora ocupando el 1º lugar) hasta su vencimiento, tal como lo afirma la accionante y no lo controvierten las accionadas.

- Según lo informado por el Director el Coordinador Grupo de Relaciones laborales – Secretaría General Dirección General- SENA, actualmente existen 4 cargos vacantes surgidos después de la convocatoria 436 de 2017 y reportados a la Comisión para su provisión con uso de listas. Estos son:

[16] **ARTÍCULO 57. 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 53° y 54° del presente Acuerdo.

REGIONAL	Descripción Centro de Costo	Observaciones	Proceso Administrativos
DIRECCIÓN GENERAL	DIRECCION JURIDICA	VACANTE CON ENCARGO	GESTIÓN JURÍDICA
DIRECCIÓN GENERAL	DIRECCION DE FORMACION PROFESIONAL	VACANTE - VACANTE A PARTIR DEL 30 DE ABRIL DE 2020	GESTION DE LA FORMACION PROFESIONAL INTEGRAL
CUNDINAMARCA	DESPACHO DIRECCION	VACANTE - VACANTE A PARTIR DEL 28 DE FEBRERO DE 2020	GESTIÓN CONTRACTUAL
HUILA	CENTRO DE GESTION Y DESARROLLO SOSTENIBLE SURCOLOMBIANO	VACANTE - VACANTE A PARTIR DEL 31 DE MARZO DE 2019 – CON ENCARGO	DIRECCIONAMIENTO ESTRATÉGICO

Lo antedicho significa que las demandadas están vulnerando el derecho al debido proceso y el acceso a cargos públicos de la accionante, dado que en la Resolución 20182120138255 del 17 de octubre de 2018 ocupó la posición N° 3, pero por la recomposición automática de las listas de elegibles contemplada en el Artículo 57 del Acuerdo N° CNSC – 20171000000116 del 24 de julio de 2017, ocupa actualmente la posición 1 - según lo informado en el escrito de tutela y no cuestionado -; adicionalmente, conforme a lo informado existen cuatro (4) vacantes definitivas en el empleo de Profesional Grado 8 que no fueron ofertadas en la Convocatoria 436 de 2017; en consecuencia, contrario a lo señalado por el Coordinación del grupo de Relaciones Laborales – Secretaría General Dirección General del SENA, mediante oficio de 21 de septiembre del año en curso, en el que da respuesta a los derechos de petición elevados por la actora, es procedente aplicar lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, al tratarse de vacantes definitivas no convocadas que surgieron luego de dicha convocatoria, debiéndose verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos para el empleo – artículo 11 de la Ley 909 de 2004.

El Consejo de Estado, al resolver un asunto de similares contornos fácticos al que es objeto de estudio, a fin de proteger el derecho conculcado, ordenó:

*"**SEGUNDO.- ORDÉNASE** a la Agencia Nacional de Minería para que en el término de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la presente providencia, realice el estudio pertinente a efectos de determinar si el accionante cumple las exigencias requeridas para los empleos de Gestor, Código T1, Grado 11, identificados con los Nos. OPEC 206904 y 206929. Finalizado el término señalado la Agencia Nacional de Minería deberá remitir a la Comisión Nacional del Servicio Civil el acto administrativo donde se plasme el anterior análisis.*

De constatarse que el accionante reúne los requisitos que exige el cargo, se ordena a la Comisión Nacional del Servicio Civil remitir a la Agencia Nacional de Minería la autorización de nombramiento en periodo de prueba del accionante. (Término dos días hábiles).

Una vez recibida la autorización, la Agencia Nacional de Minería deberá realizar el nombramiento y posesión del accionante en uno de los cargos mencionados. (Término ocho días hábiles).

Efectuado lo anterior, la Agencia Nacional de Minería deberá acreditar el pago correspondiente por el uso de las listas de elegibles, señalado en el Oficio No. 20171020088861 de 6 de marzo de 2017, suscrito por la Comisión Nacional del Servicio Civil. (Término: dos meses, contados a partir de la posesión del accionante en uno de los cargos mencionados)".

Por las razones expuestas, se revocará el numeral 2° de la sentencia de primera instancia que negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante, y en su lugar se ampararán los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a cargos públicos de la accionante, y en consecuencia se ordenará al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, establecer si el empleo denominado **Profesional, Grado 8,** del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, ofertado a través de la Convocatoria No. 436 de 2017 SENA – **OPEC 60375**, es **EQUIVALENTE** a los 4 cargos de profesional 8 que se encuentran vacantes, y que se relacionaron en el cuadro precedente, surgidos después de la convocatoria 436 de 2017, según lo reportado por el Director el Coordinador Grupo de Relaciones laborales – Secretaría General Dirección General- SENA.

El estudio de equivalencia deberá llevarse a cabo atendiendo los cinco (5) pasos establecidos por la Comisión Nacional de Servicio Civil mediante el referido CRITERIO UNIFICADO *"USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES"* con fecha de sesión de 22 de septiembre de 2020, así como las definiciones de "mismo empleo" y "empleo equivalente" allí establecidos.

Determinándose si la señora LEIDY ALEXANDRA INFANTE CAMARGO, cumple con las exigencias necesarias para el desempeño de los mentados empleos. Dicho estudio deberá ser puesto en conocimiento de la CNSC.

Hecho lo anterior, y de hallarse que la tutelante es apta para el ejercicio de uno de los 4 cargos de profesional 8 que se encuentran vacantes- surgidos después de la convocatoria 436 de 2017, la CNSC autorizará el uso de la lista de elegibles, contenida en la Resolución No. CNSC – 20182120139695 del 17 de octubre de 2018, respetando el orden de mérito que le corresponda a la actora.

Surtido el trámite anterior, el SENA procederá a realizar el nombramiento de la demandante en periodo de prueba en el término de 8 días.

En lo que respecta a la solicitud de INAPLÍCAR por inconstitucional el criterio unificado de uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019, emanado de la CNSC el 16 de enero de 2020, debe considerarse que el propósito de la ley 1960 de 2019 Por la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones (en cuyo contexto se profirió el referido criterio unificado), fue disponer la utilización de las listas de elegibles existentes para proveer vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad, o sea, reglamentar que las plazas que no estaban disponibles para el inicio de la convocatoria puedan ser provistas por el sistema de mérito; la definición de la CNSC al omitir sin fundamento alguno la equivalencia de los cargos, estableciendo tan solo la posibilidad de ser nombrados en el "mismo cargo", establece injustificadamente una restricción, arbitraria y contraria a la vocación expansiva ínsita en el sistema de carrera administrativa y en lo establecido expresamente en el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, que dispone expresamente que de la lista de elegibles ***y "en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no***

convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad*".* (Resalado de la Sala).

En consecuencia, la solicitud de la accionante de que se inaplique para el caso concreto el criterio unificado del 16 de enero de 2020, resulta procedente, tal como lo dejó establecido la Juez de instancia, por lo que se confirmará la sentencia en tal sentido.

Por último, en lo que tiene que ver con la situación expuesta por los coadyuvantes, quienes según argumentan participaron en igualdad de condiciones que la accionante y se encuentran en la misma lista de elegibles contenida en la Resolución No. CNSC – 20182120139695 del 17 de octubre de 2018, dirá la Sala que en palabras de la Corte Constitucional[1], la *Coadyuvancia surge en los procesos de tutela, como la participación de un tercero con interés en el resultado del proceso que manifiesta compartir las reclamaciones y argumentos expuestos por el demandante de la tutela, sin que ello suponga que éste pueda realizar planteamientos distintos o reclamaciones propias que difieran de las hechas por el demandante, pues de suceder esto se estaría realmente ante una nueva tutela, lo que desvirtuaría entonces la naturaleza jurídica de la coadyuvancia.*

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR el numeral PRIMERO de la parte resolutiva de la sentencia proferida el 06 de octubre de 2020 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, en el que se dispuso

"INAPLÍCAR por inconstitucional para el caso de la accionante el "criterio unificado de uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019, proferido por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el 16 de enero de 2020", por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral SEGUNDO de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, en la que se negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante. En su lugar,

TERCERO: AMPARAR los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a cargos públicos de la señora LEIDY ALEXANDRA INFANTE CAMARGO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ***ORDENAR*** *a las entidades accionadas lo siguiente:*

- *Al* ***SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA:***

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión*, deberá establecer* si el empleo denominado **Profesional, Grado 8, con código**, del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, ofertado a través de la Convocatoria No. 436 de 2017 SENA – **OPEC 60375**, es **EQUIVALENTE** a los 4 cargos de profesional 8 que se encuentran vacantes, y que se relacionaron en el cuadro precedente, surgidos después de la convocatoria 436 de 2017, según lo reportado por el Director y el Coordinador Grupo de Relaciones laborales – Secretaría General Dirección General- SENA.

El estudio de equivalencia deberá llevarse a cabo atendiendo los cinco (5) pasos establecidos por la Comisión Nacional de Servicio Civil mediante el referido CRITERIO UNIFICADO *"USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES"* con fecha de sesión de 22 de septiembre de 2020, así como las definiciones de "mismo empleo" y "empleo equivalente" allí establecidos,

debiendo determinarse si la señora LEIDY ALEXANDRA INFANTE CAMARGO, cumple con las exigencias necesarias para el desempeño de los mentados empleos. Dicho estudio deberá ser puesto en conocimiento de la CNSC.

- *Al* ***SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA:***

Hecho lo anterior, y de hallarse que la tutelante es apta para el ejercicio de uno de los 4 cargos de profesional 8 que se encuentran vacantes- surgidos después de la convocatoria 436 de 2017, la CNSC autorizará el uso de la lista de elegibles, contenida en la Resolución No. CNSC – 20182120139695 del 17 de octubre de 2018, respetando el orden de mérito que le corresponda al actor.

- *Recibida la autorización, el* ***SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA****, dentro de los ocho (8) días siguientes, procederá a dar nombramiento y posesión a la demandante en periodo prueba, respetando el orden de mérito que le corresponda a la actora.*

CUARTO: Comuníquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO.- Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **remítase** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al Juzgado de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, en sesión de la fecha.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

Ausente con permiso

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

SENTENCIA DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
Código No. 08001315301320200004200
Radicación No. T-00668-2020

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA SEXTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

Magistrada Sustanciadora
Dra. Sonia Esther Rodríguez Noriega
Código No. 08001315301320200004200
Radicación No. T-00668-2020
Aprobado por Acta No. 086

Barranquilla, trece (13) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Se decide la impugnación a que fuere sometido el fallo de tutela, fechado del 1 de octubre de 2020, proferido por el JUZGADO TRECE CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela, incoada por la Sra. DAPHNE STEFANY PULAGAR LOPEZ a través de apoderado contra la COMISIÒN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC y el INSTITUTO COLOMBIANO DEL BIENESTAR FAMILIAR ICBF, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales *a la igualdad, petición, trabajo, debido proceso y acceso a cargos Públicos.*

ANTECEDENTES

1. Aduce el apoderado de la accionante que el día 5 de septiembre de 2016 el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF y la Comisión Nacional del Servicio Civil suscribieron el Acuerdo Nº 20161000001376 con el objeto de adelantar la convocatoria pública de concurso de méritos para proveer 2470 empleos vacantes, que pertenecen al Sistema General de Carrera Administrativa - Convocatoria N° 433 de 2016 y que estando dentro de los términos establecidos en la convocatoria N° 433 de 2016 la actora se inscribió como aspirante a ocupar el cargo de Profesional Especializado Código 2028 grado 16, identificado con número de Oferta Pública de Empleo de Carrera – OPEC - Nº 39020 perteneciente a la Regional Atlántico del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el cual se requería una vacante.

2. Que estando en trámite el concurso abierto de méritos de la convocatoria el Gobierno Nacional por medio de Decreto N°1479 del 04 de septiembre de 2017 dispuso suprimir los empleos de carácter temporal creados mediante el Decreto N°2138 de 2016 y modificó la planta de personal de carácter permanente en el ICBF.

3. Que mediante Decreto N°1479 del 04 de septiembre de 2017, artículo 2°, se crearon varios cargos para el nivel profesional de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, los cuales no fueron ofertados al momento de la apertura de la convocatoria N° 433 de 2016 debido a que en ese momento eran inexistentes como empleos de carácter permanente, y además dicha convocatoria estaba regida por la Ley 909 de 2004 en su concepción original, la cual en el numeral 4° del artículo 31 lo establecía así.

4. Que la planta global de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a nivel Nacional cuenta con 51 cargos de Profesional Especializado código 2028 grado 16, tal como se evidencia en el artículo 3° del Decreto N°1479 del 04 de septiembre de 2017, de los cuales se han podido generar vacantes definitivas en virtud de alguna de las causales establecidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, vacantes que en su sentir deben ser provistas.

5. Que al recomponer la lista de elegibles conformada mediante la Resolución Nº CNSC-20182020074445 del 18 de julio de 2018, la accionante estaría ocupando en lo sucesivo el primer lugar en posición de elegibilidad como quiera que, la lista de elegibles prevista en la Resolución N° CNSC-20182020074445 del 18 de julio de 2018 de la CNSC, fue publicada el día 23 de julio de 2018, adquiriendo firmeza el día 31 de julio de 2018 y cuya fecha de vencimiento estaba prevista inicialmente para el día 30 de julio de 2020.

6. Que en virtud de la pandemia generada por el Covid 19, los términos de dicho concurso fueron suspendidos según Resoluciones números 4970, 5265, 5804, 6264 de 2020 expedidas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, pasando el vencimiento de la lista de elegibles al 5 de octubre de 2020 por haber operado 45 días de suspensión de términos.

7. Que para el caso particular del cargo al que aspira la accionante (Profesional Especializado Código 2028 grado 16), se declararon desiertas un total de 2 vacantes, tal como se aprecia del artículo 1° de la Resolución N° CNSC-201822301620055 del 04 de diciembre de 2018.

8. Que el 27 de junio de 2019 el Congreso de la República expidió la Ley 1960, cuyo artículo 6º modificó artículo 31 numeral 4º la Ley 909 de 2004 quedando en adelante de la siguiente manera:

> *"Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad."*

9. Que la Comisión Nacional del Servicio Civil, con el Criterio Unificado "Uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 2017" del 16 de enero de 2020 varió sustancialmente su posición inicial respecto del "Criterio Unificado de fecha 01 de agosto de 2019" que prescribía la utilización de las listas de elegibles durante su vigencia sólo para las vacantes ofertadas en el respectivo acuerdo de convocatoria y contrario sensu, en el Criterio Unificado de enero 16 de 2020 la CNSC dejó sin efectos el primer criterio unificado y, en su lugar, dispuso que las listas de elegibles conformadas y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, (como sería el caso, según el apoderado de la accionante del proceso de selección 433 de 2016 – ICBF) deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integran la Oferta Publica de Empleos de Carrera – OPEC – de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos", estableciendo los criterios a tener cuenta a efectos de identificar si las nuevas vacantes conformando no el mismo tipo de empleos, para lo cual lo identifica con la OPEC para la cual concursó la accionante.

10. Que el día 11 de marzo de 2020 la señora Daphne Pulgar López elevó petición ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil, manifestando su voluntad de optar por una de las 51 vacantes emitidas y que para ello fuese nombrada en período de prueba en Carrera Administrativa en el cargo profesional especializado Código 2028 Grado 16, o cualquiera de similar naturaleza, siendo contestada negativamente por parte del CNSC el 25 de junio de 2020 bajo el oficio identificado con el radicado N° 20201020491371.

PRETENSIONES

De conformidad con los supuestos fácticos expuestos, la accionante pretende que se conceda el amparo de los derechos fundamentales invocados y que, como consecuencia de ello, se proceda en los siguientes términos:

1. Que se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, dar aplicación al artículo 6º y 7°de la Ley 1960 de 2019, con efectos retrospectivos y al artículo 63 del Acuerdo Nº 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016, por medio de cual la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a Concurso Abierto de Méritos Convocatoria 433 de 2016 y al Artículo 2.2.11.2.3 del Decreto 1083 de 2015.

2. Se le ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil remitir al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la lista de elegibles con las cuales se deberán proveer los cargos de carrera administrativa ofertados en la convocatoria N°433 de 2016- ICBF que hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004; o aquellos que posterior a la fecha de la convocatoria N°433 de 2016 fueron declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las casuales consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y que al momento de la apertura de dicha convocatoria estaban provistos con personal en carrera administrativa; o aquellos que cargos que habiendo sido creados por el Decreto N° 1479 del 04 de septiembre de 2017 se encuentre ocupados con personal nombrado con carácter provisional o bajo la modalidad de encargo; o aquellos cargos para los cuales el concurso fue declarado desierto de conformidad la Resolución N° CNSC20182230162005 del 04 de diciembre de 2018.

3. Se le orden al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que, de manera inmediata, en cumplimiento del término perentorio concedido por fallador, proceda a agotar todos los trámites administrativos necesarios y pertinentes para que se provean con carácter definitivo los cargos de la planta global del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ofertados en la convocatoria N°433 de 2016- ICBF que hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004; o aquellos que fueron declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las casuales consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 posterior a la fecha de la convocatoria N°433 de 2016 y que al momento de su apertura estaban provistos con personal en carrera administrativa; o aquellos que cargos que habiendo sido creados por el Decreto N° 1479 del 04 de septiembre de 2017 se encuentre ocupados con personal nombrado con carácter provisional o bajo la modalidad de encargo; o aquellos cargos para los cuales el concurso fue declarado desierto de conformidad la Resolución N° CNSC- 20182230162005 del 04 de diciembre de 2018, haciendo uso de la lista de elegible Resolución Nº CNSC – 20182020074445 de julio 18 de 2018 correspondiente a la OPEC Nº 39020 para el cargo denominado Profesional Especializado código 2028 grado 16 y/o de manera subsidiaria en algún otro cargo de carácter

equivalente dentro de la planta Global de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

4. Inaplicar haciendo uso de la excepción por inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4° superior, el Criterio Unificado "Uso de Lista de Elegibles en el Contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2020" expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil el 16 de enero de 2020.

DE LA ACTUACIÓN

La acción de tutela correspondió por reparto al JUZGADO TRECE CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA, Despacho que la admitió, y corrió traslado a la CNSC y al ICBF para que se pronunciaran sobre los hechos expuestos en la acción de tutela.

El A Quo profirió fallo el 5 de agosto de 2020 negando el amparo deprecado al estimar que no se cumplieron con los requisitos de procedencia, específicamente subsidiariedad e inmediatez, por lo que la parte accionante inconforme con la decisión impugnó la sentencia, la cual en segunda instancia fue remitida a esta Sala, declarando el 15 de septiembre de 2020 la nulidad del mismo y ordenando notificar del trámite de tutela a los señores BETTY JUDITH HERNÀNDEZ VANEGAS, BORIS JESÙS MOLINA GUZMÀN y YENNYFER ELIAN LAPORTE SERPA, quienes hacen parte de la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo identificado con el código OPEC No. 39020, denominado Profesional Especializado, código 2028, grado 16, ofertado en el marco de la convocatoria No. 433 de 2019 y una vez hecho lo anterior se decidiera de fondo.

Por auto del 18 de septiembre de 2020 el A Quo resolvió obedecer y cumplir con lo ordenado por esta Sala, vinculando y notificando al trámite a terceros posiblemente afectados con la decisión y posteriormente, procedió a dictar nuevamente sentencia, la cual es estudiada hoy en segunda instancia al ser impugnada por la parte actora nuevamente al habérsele negado el amparo deprecado.

El INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF, manifestó esencialmente lo siguiente:

> *"Que la señora DAPHNE STEFFANY PULGAR LÓPEZ, interpuso otra acción de tutela, invocando los mismos hechos y pretensiones, la cual por reparto le correspondió al JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA Radicado 2020-00110 y mediante fallo de primera instancia del 06 de julio de 2020, se amparó únicamente el derecho fundamental de petición de la accionante, pero se denegó el amparo de los demás derechos fundamentales alegados.*

(…) que en el presente caso la acción de tutela deviene improcedente, por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, así como de subsidiariedad y perjuicio irremediable, puesto que: (i) ya se publicó la lista de elegibles, la cual adquirió firmeza hace dos años, se conformó para proveer (1) vacantes, y en dicha lista Daphne Sttefany Pulgar López ocupó la posición número 2; (ii) la actora no cuestiona dicha lista, ni el procedimiento de conformación o el orden de los elegibles, sino actuaciones que surgieron con posterioridad, específicamente el hecho de que no se haya efectuado su nombramiento en aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019; (iii) en el fondo, la accionante ataca la aplicación de un acto de carácter general, proferido por la CNSC, denominado "Criterio unificado sobre el uso de listas de elegibles a la luz de la Ley 1960 de 2019" del 16 de enero de 2020, el cual se encuentra en firme y se presume su legalidad.

Adicionalmente, el ICBF advierte que no ha incurrido en ninguna actuación vulneratoria de los derechos fundamentales alegados, puesto que, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 (vigente para el momento en que se dio apertura a la convocatoria), el Decreto 1894 de 2012 y la jurisprudencia constitucional (sentencia SU-446 de 2011), las listas de elegibles fueron utilizadas para proveer las vacantes ofertadas en la Convocatoria, y solo hasta el 16 de enero de 2020, la CNSC, como órgano rector de la carrera administrativa, emitió el criterio unificado "uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019", en virtud del cual se están usando las listas de elegibles de la Convocatoria 433 de 2016, en los casos autorizados por la CNSC.

Surtido el procedimiento establecido por la Comisión, el ICBF encontró que la accionante exige su nombramiento en un cargo que: NO guarda equivalencia con el cargo al que aspiró en el marco de la convocatoria, toda vez que no cumple los requisitos establecidos en el Criterio unificado, específicamente PERFIL Y UBICACIÓN GEOGRÁFICA tal y como se explicará. Desconocer esta condición puede afectar los derechos de las personas que conforman listas de elegibles que sí acreditan los requisitos establecidos por la CNSC.

"…" se resalta que para dar cumplimiento al «uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019» expedido por la CNSC el 16 de enero de 2020, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, a la fecha ha adelantado las siguientes acciones:

Verificación e identificación en la planta global de los empleos que cumplen con las características definidas en el criterio citado [igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, y en especial la ubicación geográfica].

Se validaron las 1.196 listas de elegibles conformadas dentro de la Convocatoria 433 de 2016.

Como resultado de lo anterior, se evidenció que para empleo Profesional Especializado, Código 2028, Grado 16, OPEC (39020) ofertado dentro de la Convocatoria 433 de 2016, para el cual participó la señora Daphne Sttefany Pulgar López y hace parte de la lista de elegibles, NO existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC, toda vez que no se cumplen con los lineamientos

establecidos por la Comisión como son perfil, Grado y ubicación geográfica para este caso específico.

La Dirección de Gestión Humana se sirvió certificar que no existen vacantes disponibles que atiendan a lo establecido en el Criterio Unificado, sin que el accionante haya aportado medio probatorio alguno que permita establecer la existencia de vacantes para el cargo al que aspiró, sin mencionar que en el presente caso se configuró el fenómeno de la Cosa Juzgada. Así las cosas, se denota que el ICBF está realizando las gestiones necesarias para acatar la norma y la directriz de la CNSC, de conformidad con el «Criterio unificado sobre el uso de listas de elegibles a la luz de la Ley 1960 de 2019» del 16 de enero de 2020, sin que pueda afirmarse que haya vulnerado o puesto en peligro algún derecho fundamental de la accionante.

La controversia principal del presente caso versa sobre el cumplimiento inmediato de una norma de carácter general, bajo el seguimiento de las directrices establecidas por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Por lo cual el ICBF: (i) estableció los cargos y vacantes existentes en las 33 Regionales del país a las que serían aplicables las listas de elegibles vigentes; (ii) solicitó y pagó, previo trámite presupuestal a la CNSC, el uso de las listas aplicables; y (iii) está adelantando los respectivos nombramientos y actos de posesión de las personas autorizadas para su nombramiento por la CNSC. Todo lo anterior, conlleva a concluir que no hay trascendencia iusfundamental en el problema jurídico del caso sub examine.

Teniendo en cuenta que la accionante enfatiza la falta de acción del ICBF para llevar a cabo de manera inmediata su nombramiento, resulta pertinente aclarar al Despacho, que en principio, con la expedición de la Ley 1960 de 2019 el ICBF y la CNSC emitieron distintos actos sobre la aplicación de esa norma, que consideraron viable únicamente para los concursos que se generaran a partir de su entrada en vigencia, el 27 de junio de 2019. No obstante, el 16 de enero de 2020, la CNSC emitió criterio unificado sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019 y determinó, como órgano rector de la carrera administrativa que era procedente dar cumplimiento a la norma frente a las listas de elegibles que se habían aprobado antes de su expedición y se encontraban vigentes. Ante esta nueva directriz, el ICBF ha acatado lo previsto por este órgano especializado en el sistema de carrera administrativa, adelantando las acciones necesarias, de acuerdo con la reglamentación de la CNSC6. Eso incluyó la revisión de más de 1000 listas, el pago de unas sumas de dinero a la CNSC y la solicitud de uso de las listas de elegibles aplicables. Es importante establecer que, para hacer uso de las listas de elegibles conforme al Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, el empleo debe coincidir en su totalidad con cada uno de los parámetros de "igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC." señalados por la CNSC.

No hay ninguna decisión que haya hecho tránsito a cosa juzgada, amparado las solicitudes de los accionantes respecto a aplicar la Ley 1960 de 2019, pues aquellas que ampararon el derecho en segunda instancia, aún deben pasar por la revisión de la Corte Constitucional para que se entiendan como decisiones definitivas, que hagan tránsito a cosa juzgada y constituyan precedente jurisprudencial aplicable. La Corte ha señalado que una sentencia de tutela hace tránsito a cosa juzgada constitucional "(i) cuando es

seleccionada para revisión por parte de esta corporación y fallado en la respectiva Sala o, (ii) cuando, surtido el trámite de selección, sin que ésta haya sido escogida para revisión, fenece el término establecido para que se insista en su selección"[1]. (Subrayado fuera de texto). Igualmente, se aclare que las decisiones proferidas antes de que la CNSC modificara su postura sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019, lo cual ocurrió hasta el 16 de enero de 2020, no son aplicables al caso concreto. En conclusión, ninguna de las decisiones que el Despacho pueda considerar como aplicables constituye precedente judicial, ni debe ser tenida en cuenta para resolver sus pretensiones, bien sea por inexistencia de cosa juzgada constitucional o por diferencia en los fundamentos fácticos y jurídicos que les dieron origen.

Solicita declarar improcedente la tutela frente al ICBF por no cumplir los requisitos de relevancia iusfundamental del asunto, subsidiariedad y perjuicio irremediable. Y que en caso de que la referida acción se estime procedente, solicita subsidiariamente que sea NEGADA, al no advertirse violación de derechos fundamentales por conductas atribuibles a la entidad."

La **COMISIÒN NACIONAL DEL SERVICIOS CIVIL** precisó esencialmente lo siguiente:

"*Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO se comprobó que en el marco del proceso de selección 433 de 2016, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, oferto una (1) vacante para proveer el empleo del nivel Profesional identificado con el Código OPEC 39020 Denominado Profesional Especializado, Código 2028, Grado 16, agotadas las fases del concurso mediante Resolución No. CNSC – 20182020074445 del 18 de julio de 2018 se conformó Lista de Elegibles para proveer la vacante ofertada, lista la cual cobro firmeza el 31 de julio de 2018, por tanto estuvo vigente hasta el 30 de julio de 2020.*

Realizadas las precisiones a que hubo lugar y consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad – SIMO se constató que durante la vigencia de la lista el ICBF no reportó vacantes adicionales a las ofertadas en el marco de la Convocatoria 433 de 2016, que cumplieran con el criterio de mismos empleos. Por lo tanto y una vez consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se evidenció que durante la vigencia de la lista el ICBF no reportò ante la CNSC acto administrativo en el que se soporte movilidad de la lista, por tanto se entiende que no se presentó derogatoria ni revocatoria sobre el acto administrativo de nombramiento, ni acto administrativo que declarara la vacancia definitiva por configurarse una de las causales de retiro, de quien ocupase posición meritoria de conformidad con el número de vacantes ofertadas.

Por consiguiente se corroboró que la señora Daphne Steffany Pulgar López ocupó la posición dos (2), en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC – 20182020074445 del 18 de julio de 2018, en consecuencia, la accionante no alcanzó el puntaje requerido para ocupar una posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, de conformidad con el número de vacantes ofertadas.

Es por esto que la señora Daphne Steffany Pulgar López se encontraba sujeta no sólo a la vigencia si no al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que pudiera ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.

Corolario en el caso sub examine no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, por encontrarse sin vigencia el acto administrativo mediante el que conformó la lista de elegibles, así como por no encontrase vacante que pueda ser provista.

Respecto a la Vigencia de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019 "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones" indicó que de conformidad con lo previsto en los artículos 52 y 53 numeral 1. º de la Ley 4 de 1913, la ley sólo rige para las situaciones de hecho ocurridas con posterioridad a la fecha de su promulgación, entendiendo por esta, su inserción en el Diario Oficial.

Así lo ha confirmado la Corte Constitucional, en relación con los efectos de la ley en el tiempo la regla general es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia.

Bajo ese entendido, tenemos que el artículo 7 de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, dispone que esta «rige a partir de su publicación», lo cual ocurrió el 27 de junio de 2019, como consta en el Diario Oficial No. 50.997, por lo que solo puede regir hacia futuro, es decir, a procesos de selección o concursos que inicien con posterioridad a la referida fecha.

En lo que respecta a la Aplicación del criterio unificado de 16 de enero de 2020, señaló que atendiendo a que la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, modificó algunas disposiciones de la Ley 909 de 2004, como es el numeral 4 del artículo 31, así: "ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:

> *"4.Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad"*

En aras de dar cumplimiento a lo dispuesto por la norma en cita, la CNSC, debió dar instrucciones precisas frente a su aplicabilidad en los procesos de selección a desarrollarse a partir de entrada en vigencia la Ley 1960 de 2019, es así, que, frente al uso de las listas de elegibles, el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, dispuso en primera medida aclarar las inquietudes que se suscitaron frente cual era el régimen aplicable en los siguientes escenarios:

- *A las listas de elegibles conformadas y en firme en los procesos de selección convocados con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada Ley 960 de 2019.*

• A las listas de elegibles que se conformen en los procesos de selección convocados con posterioridad a la entrada en vigencia de la misma Ley 960 de 2019.

Solicita no tutelar la acción interpuesta contra la CNSC, por cuanto no hay desconocimiento ni violación alguna a los derechos fundamentales invocados por la accionante, de manera que, no hay motivos para emitir orden en su contra".

FALLO EN PRIMERA INSTANCIA

El A Quo, mediante providencia del 1 de octubre de 2020 resolvió lo siguiente:

"PRIMERO: NEGAR el amparo de los derechos fundamentales Igualdad, Petición, Trabajo, Debido Proceso, Acceso a Cargos Públicos, solicitado por la actora DAPHNE STEFANY PULAGAR LOPEZ, en contra de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, INSTITUTO COLOMBIANO BIENESTAR FAMILIAR, por las razones anotadas en la parte motiva.

SEGUNDO: Notificar este proveído a las partes conforme a los lineamientos del decreto 2591 de 1991, haciéndoles saber que respecto de la misma procede la impugnación.

TERCERO: En el caso que la presente sentencia no sea impugnada, remítase la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión".

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El apoderado de la accionante impugna la decisión proferida por el A Quo, precisando que no es de recibo señalar que la acción de tutela es improcedente por inmediatez por cuanto al momento de presentarse la misma se encontraba aun sin vencerse la lista de elegibles.

Agrega que el A Quo no aplicó el precedente jurisprudencial establecido en las sentencias de tutela proferidas por las diferentes autoridades judiciales en el país, en las cuales por la vía de tutela se accedió a las mismas pretensiones que hoy reclama la accionante.

Que la acción de tutela es procedente cumpliendo con el principio de subsidiariedad, tal como lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia T-340 de 2020.

Que la Ley 1960 de 2019 sí tiene efectos retrospectivo, tal cual como se asevera en el escrito genitor, fuente de la presente litis.

Que las listas de elegibles expidas con ocasión de la Convocatoria Nº 433 de 2016 – ICBF, efectivamente fueron objeto de suspensión de términos de vigencia por 45 días hábiles como consecuencia de los actos administrativos expedidos

por la misma Comisión Nacional del Servicio Civil con ocasión la crisis sanitaria generada por el Covid- 19.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si las entidades accionadas en este asunto, vulneraron o no los derechos fundamentales de la accionante al interior de la convocatoria No. 433 de 2016, al no nombrarla en propiedad en el cargo el cargo de Profesional Especializado Código 2028 grado 16, identificado con número de Oferta Pública de Empleo de Carrera – OPEC - Nº 39020 perteneciente a la Regional Atlántico, existiendo 51 vacantes disponibles a nivel nacional para ocupar dicho cargo antes del vencimiento de la lista de elegibles, teniendo en cuenta que ocupó el segundo lugar de la lista de elegibles.

NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por el artículo 29 y 86 de la Constitución Política, y los decretos reglamentarios 2591 de 1991, 1382 de 2000.

CONSIDERACIONES

Por ser superior funcional del juzgado de primera instancia, es esta Sala Civil-Familia competente para conocer y decidir en segunda instancia la presente acción de tutela, conforme lo previsto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

La **acción de tutela** es un mecanismo concebido por la Constitución Política de 1991, para la protección inmediata de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución Nacional y dentro de los casos de procedencia descritos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta su ejercicio.

El artículo 125 de la Constitución Política, establece que *"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".***

Teniendo en cuenta lo anterior, la Ley 909 de 2004 estableció que los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito.

Asimismo, la Corte Constitucional determinó que el sistema de carrera como principio constitucional garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado[1].

Sentencia de tutela T-340 de 21 de agosto de 2020 donde se analizó la aplicabilidad de la ley 1960 de 2019 y el criterio Unificado de la CNSC de enero 20 de 2020[2],

"Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que "las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, ***deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad*** *y que correspondan a los* ***"mismos empleos",*** *entiéndase con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.".*

"En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley ***(1960 de 2019)*** *respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido.*

De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, ***siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente."***

CASO CONCRETO

La accionante alega la violación de los derechos fundamentales, a la igualdad, al debido proceso, al trabajo y a la carrera administrativa, en atención a que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- y la Comisión Nacional del

1 Corte Constitucional, Sentencia T-180 de 2015.
2 Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones

Servicio Civil -CNSC- no efectuaron todos los trámites necesarios para su nombramiento en aplicación de la Ley 1960 de 2019 (que modificó la Ley 909 de 2004), en uno de los cargos que se crearon con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016 del ICBF. Reclama en esencia, que se les ordene a los entes accionados la aplicación inmediata de la Ley 1960 de 2019 con sus modificaciones y criterios de interpretación, con el fin de agotar la lista de elegibles para proveer las vacantes definitivas que actualmente existen en el empleo de Profesional Especializado, Código 2028, Grado 16 y se le nombre a ella en propiedad por ocupar después del nombramiento de la Sra. Betty Hernández el primer lugar de la lista de elegibles.

Del material probatorio allegado al plenario se tienen las siguientes evidencias relevantes:
La accionante se inscribió en la Convocatoria N° 433 de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, al cargo de profesional especializado, grado: 16, código: 2028, número Opec: 39020, asignación salarial: $3, 821,393, perteneciente a la Regional Atlántico del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

La Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Resolución Nº CNSC20182020074445 del 18 de julio de 2018 conformó la lista de elegibles para proveer una (01) vacante del empleo código OPEC Nº 39020, Profesional Especializado, código 2028 grado 16, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria N° 433 de 2016 para la Regional Atlántico del ICBF, ocupando el primer lugar la Sra. BETTY JUDITH HERNANDEZ VANEGAS siendo nombrada en propiedad el 2 de noviembre de 2018 y ocupando la accionante el puesto Nº2 con puntaje definitivo de 75.55 puntos.

En el punto Nº 4 de la parte resolutiva de la Resolución CNSC20182020074445 del 18 de julio de 2018, se estableció: *"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."*

La CNSC el 22 de noviembre de 2018 expidió el acto administrativo, Resolución Nº CNSC – 20182230156785 *"Por el cual se revoca el artículo cuarto de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria N°433 de 2016 - I.C.B.F."*

En fecha posterior a la fecha de iniciación de concurso se expidió el Decreto 1479 de 2017, en el cual se crearon 51 nuevas vacantes para el cargo de

profesional especializado, grado: 16, código: 2028, número Opec: 39020, esto es, el cargo al cual la actora está aspirando.

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

La Comisión Nacional del Servicio Civil el 16 de enero de 2020, expidió el criterio unificado, respecto del "Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019", expresando esencialmente que:

> *"En virtud de los apartes jurisprudenciales en cita y teniendo en cuenta que el concurso está integrado por diferentes actos administrativos iniciando con el de convocatoria al proceso de selección y culminando con el de evaluación del período de prueba, se concluye que las convocatorias para proveer vacantes definitivas de empleos de carrera, iniciadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, deberán agotar el procedimiento conforme a las reglas previamente establecidas en la convocatoria y en las normas que le sirvieron de sustento, con el fin de garantizar seguridad jurídica a las entidades y a los aspirantes.*
>
> *Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así coma aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.*
>
> *De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera - OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC".*

Precisado lo anterior se procede entonces a definir si la presente acción es procedente o no.

Respecto a la subsidiariedad

Señaló el A Quo que la tutela no cumplió con este requisito porque la actora además de contar con otros medios de defensa judicial, como lo es, la demanda

de nulidad y restablecimiento del derecho, la lista de elegibles del cargo que pretende ocupar feneció tal como lo manifestó la CNSC en la contestación.

Lo primero a precisar es que la presente acción de tutela fue presentada el 23 de julio de 2020 fecha para la cual aún estaba vigente la lista de elegibles del cargo al cual aspira la accionante, puesto que la misma vencía el 30 de julio de 2020. Asimismo, antes de presentar la acción de tutela solicitó por medio de petición al ICBF y a la CNSC su nombramiento en propiedad atendiendo los 51 cargos creados en el 2017 y la aplicación del criterio de unificación emitido por la CNSC con ocasión de la expedición de la ley 1960 de 2019 que modificó la ley 909 de 2004, la cual le fue objeto de tutela conocida por el Juez Séptimo Laboral de Barranquilla, siendo objeto de amparo el derecho de petición.

Lo segundo es que si bien, la CNSC expresó en la contestación de la tutela que: *"…se instruyó por esta Comisión Nacional en Decisión del 27 de mayo de 2020, que la Declaratoria de Emergencia Nacional no afectó la vigencia de las listas de elegibles. Por cuanto, …, la disposición aplicable del Decreto 491 de 2020, habilitó el nombramiento de quienes se encuentran en posición meritoria dentro de una lista de elegibles en firme, y en ese sentido los efectos de la vigencia de estas continuaron intactos, permitiendo así hacer uso de estas",* omitió el A Quo interpretar dicha decisión con lo dispuesto en las Resoluciones No. 4970 del 24 de marzo de 2020, 5265 del 13 de abril de 2020, 5804 del 24 de abril de 2020 y 6264 del 22 de mayo de 2020, que resolvieron: *"Suspender los cronogramas y términos en los procesos de selección que adelantaba la CNSC, incluidos aquellos atinentes a las reclamaciones, solicitudes de exclusión, expedición de listas y firmeza individual y general de listas, a partir del 24 de marzo y hasta el 13 de abril de 2020*", término que fue prorrogado finalmente hasta el 31 de mayo de 2020 según la última resolución referida (6264 de 2020)".

En este orden, es cierto como lo dice el apoderado de la accionante que los cronogramas y términos en los procesos de selección que adelanta la CNSC, incluidos la firmeza individual y general de listas, fueron suspendidos a partir del 24 de marzo hasta el 31 de mayo de 2020 e interrumpidos los términos de caducidad y prescripción de los diferentes procesos que adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil, asimismo, tal como lo dice la misma CNSC la declaratoria de Emergencia Nacional y la consecuente suspensión de términos en la firmeza de las listas de elegibles de los concursos en trámite, no afectó la vigencia de las listas de elegibles, puesto que una vez reanudados los términos se continuaron haciendo los nombramientos y posesiones de manera virtual en las distintas entidades sometidas a concurso, pero para el caso concreto el tema de interés no es el nombramiento sino el vencimiento de las listas de elegibles, el cual como se evidenció en líneas precedentes sí estuvo suspendido entre el 24 de marzo hasta el 31 de mayo de 2020, es decir, 45 días hábiles venciéndose la misma el 5 de octubre de 2020 como acotó la parte actora.

Lo tercero es que aunque es viable que la actora acudiera ante la jurisdicción contenciosa administrativa a reclamar sus derechos, no es menos cierto que tratándose de la cercanía a la fecha del vencimiento de la lista de elegibles del cargo para el cual concursó, utilizar la vía judicial conllevaría quizá a la perdida de algunos derechos que pueden protegerse en este momento y no cuando ya se haya podido consumar la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante.

Respecto a la inmediatez
Teniendo en cuenta que el hecho considerado como vulnerador de los derechos de la accionante, se mantenía vigente al momento de interposición de la acción constitucional ante la negativa de las aquí accionadas de utilizar la lista de elegibles donde se encuentra la accionante en primer lugar, para proveer los cargos vacantes en el ICBF, se cumple con este requisito.

En conclusión respecto al primer aspecto analizado, cual es la procedencia o improcedencia de la tutela se concluye que sí se cumplen los requisitos para su procedencia, contrario a lo advertido en el fallo impugnado.

De la aplicación retrospectiva del uso de las listas de elegibles para la convocatoria 433 de 2016
Tal como se señaló en las consideraciones de este fallo, la Corte Constitucional en la sentencia de tutela T-340 de 21 de agosto de 2020 analizó la aplicabilidad de la ley 1960 de 2019 por medio de la cual se modifica la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998, precisando claramente que con el cambio normativo surgido con la expedición de ley 1960 de 2019 respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, de manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, **siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.**

Partiendo del referente jurisprudencial antes mencionado, lo primero en señalar es que aunque para la convocatoria 433 de 2016 en la Regional Atlántico del ICBF sólo se ofertó una vacante para el cargo de Profesional Especializado código 2028 grado 16, el cual entre otras cosas ya fue cubierto por la Sra. Betty Hernández, no es menos cierto que según el artículo 3° del Decreto N°1479 del 04 de septiembre de 2017 en el ICBF fueron creados 51 cargos más de Profesional Especializado, código 2028, grado 16, de los cuales han podido generarse durante estos tres últimos años, vacantes definitivas en virtud de alguna de las causales establecidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, vacantes que

pueden ser provistas utilizando las listas de elegibles vigentes de la convocatoria N° 433 de 2016 atendiendo el criterio de retrospectividad de la ley advertido por la Corte en la Sentencia T-340 de 21 de agosto de 2020.

En este orden, se pasa entonces a cotejar si la accionante cumple o no con los supuestos jurisprudenciales fijados en la sentencia T-340-2020 que habilitarían su nombramiento en uno de los 51 presuntos posibles cargos de Profesional Especializado código 2028 grado 16 en el ICBF.
Sobre este punto se tienen entonces que tanto el ICBF como la CNSC coinciden en manifestar que *"no existen vacantes disponibles que atiendan a lo establecido en el Criterio Unificado y la sentencia T-340-2020".*

De la misma forma, resaltan ambas entidades que "*para empleo Profesional Especializado, Código 2028, Grado 16, OPEC (39020) ofertado dentro de la Convocatoria 433 de 2016, para el cual participó la señora Daphne Sttefany Pulgar López y hace parte de la lista de elegibles, no existe la viabilidad de aplicar lo señalado ni en el Criterio Unificado expedido por la CNSC ni en la sentencia T-340-2020, toda vez que no se cumplen con los lineamientos establecidos por la Comisión como son perfil, grado y ubicación geográfica para este caso específico".*

No obstante, contrario a lo expresado por esas dos entidades, según pudo evidenciarse el Gobierno Nacional por medio de Decreto 1479 de 2017 creó 51 vacantes en el ICBF para el cargo de Profesional Especializado, Código 2028, Grado 16, OPEC (39020), después de que se había convocado a concurso conforma la convocatoria 433 de 2016. Además, la actora superó el concurso de méritos en la convocatoria mencionada, ocupando el primer lugar, luego de que se diera el ingreso de la aspirante Betty Hernández en la única vacante ofertada en la convocatoria inicial para el cargo de Profesional Especializado código 2028 grado 16 en el ICBF, estando vigente la lista de elegibles al momento de interponer la petición ante las accionadas para que la nombraran y a la fecha de interposición de esta acción de tutela.

Además, los posibles 51 cargos creados en el 2017 por el Decreto 1479, tienen igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones frente al cargo para el cual concursó la actora, faltaría determinar solamente, la ubicación geográfica, puesto que en la acción de tutela esto no se tiene acreditado.

En este orden se estima que la acción de tutela sería procedente para protegerle los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a cargos públicos, ordenándole a las accionadas que determinen con precisión y claridad la ubicación geográfica de los 51 vacantes creadas en el 2017 para el cargo Profesional Especializado, Código 2028, Grado 16, OPEC (39020) en el ICBF y en el evento de que alguna de ellas se encuentre en la Regional Atlántico, deberán

adelantar los trámites administrativos a que haya lugar para nombrar a la accionante en propiedad, pues se reitera que se tiene certeza como se constató en párrafos anteriores que la actora cumplen con los demás los supuestos jurisprudenciales fijados en la sentencia T-340-2020 y el criterio Unificado de la CNSC de enero 20 de 2020 y que habilitarían su nombramiento en propiedad, como son igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, y exceptuando la certeza sobre la ubicación geográfica.

Sobre el precedente jurisprudencial horizontal

Finalmente, respecto de la solicitud del apoderado de la actora de aplicar como precedente jurisprudencial horizontal los fallos de tutela proferidos por diferentes autoridades judiciales del país a este caso concreto, es preciso señalar que como tales decisiones deben someterse a la revisión del máximo órgano de cierre de la jurisdiccional, no es viable aplicarlas como precedentes. Al respecto ha señalado la Corte Constitucional lo siguiente:

> *"Ahora, la Corte ha diferenciado dos clases de precedentes teniendo en cuenta la autoridad que profiere la providencia previa: el* ***horizontal*** *y el* ***vertical. El primero*** *hace referencia a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial. El* ***segundo,*** *se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales lo determina la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción. En los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores.*[3]

CONCLUSIÒN

En este orden, la Sala revocará la sentencia impugnada, en el entendido que se concederá el amparo a los derechos al debido proceso y acceso a cargos públicos, ordenándole a las accionadas que determinen con precisión y claridad la ubicación geográfica de los 51 vacantes creadas en el 2017 para el cargo Profesional Especializado, Código 2028, Grado 16, OPEC (39020) en el ICBF y de existir vacantes en la Regional Atlántico procedan a nombrar a la accionante sin más dilaciones.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, LA SALA SEXTA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY.

3 Ver, entre otras, las sentencias T-211 de 2008 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-082 de 2011 M.P, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

RESUELVE

1. REVOCAR la sentencia proferida el día 1 de octubre de 2020 por el JUZGADO TRECE CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela incoada por la Sra. DAPHNE STEFANY PULAGAR LOPEZ a través de apoderado, contra la COMISIÒN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC y el INSTITUTO COLOMBIANO DEL BIENESTAR FAMILIAR ICBF, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

2. TUTELAR los derechos al debido proceso y acceso a cargos públicos de la Sra. DAPHNE STEFANY PULAGAR LOPEZ a través de apoderado, contra la COMISIÒN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC y el INSTITUTO COLOMBIANO DEL BIENESTAR FAMILIAR ICBF, atendiendo los motivos expuestos en la parte motiva de esa decisión.

3. ORDENAR a la COMISIÒN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC y al INSTITUTO COLOMBIANO DEL BIENESTAR FAMILIAR ICBF que dentro del término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta decisión y atendiendo el orden de sus competencias en materia, le **informen** a la Sra. DAPHNE STEFANY PULAGAR LÒPEZ **con precisión y claridad** la ubicación geográfica de los 51 vacantes creadas en el 2017 para el cargo Profesional Especializado, Código 2028, Grado 16, OPEC (39020) en el ICBF y en el evento de que alguna de ellas se encuentre en la Regional Atlántico, **deberán** adelantar de manera inmediata los trámites administrativos que a cada uno corresponda y, a que haya lugar, para nombrarla en propiedad en dicho cargo.

4. Notificar a los sujetos de esta acción constitucional, y comunicar al defensor del pueblo y el A-quo por el medio más expedito y eficaz.

5. Enviar el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de este fallo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SONIA ESTHER RODRÍGUEZ NORIEGA
Magistrada

VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ
Magistrada

ABDON SIERRA GUTIÉRREZ
Magistrado

Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, octubre veintitrés (23) de dos mil veinte (2020)

Accionante: ***Martha Beatriz Vásquez Ladino – Eddy Peñaranda Pedraza***
Accionados: Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC y otros.
*Expediente: 15001-33-33-010-****2020-00106-****01*
Acción: ***Tutela***

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF (Archivo 32) y la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC (Archivo 40) contra la sentencia de tutela proferida el 11 de septiembre de 2020 (Archivo 29) por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

I. ANTECEDENTES.

I.1. La demanda (Archivo 2).

1. En ejercicio de la acción constitucional de tutela, Martha Beatriz Vásquez y Eddy Peñaranda Pedraza acudieron a la jurisdicción, para solicitar que se amparen sus derechos fundamentales de petición, igualdad, trabajo, debido proceso y al acceso a cargos públicos, presuntamente vulnerados por la CNSC y ICBF. Solicitud que se fundamentó en los hechos que a continuación se sintetizan:

- *Que la CNSC mediante Acuerdo 201600000137 de 5 de septiembre de 2016 convocó a Concurso de Mérito para proveer cargos vacantes en el ICBF, proceso que se identificó como Convocatoria 433 de 2016, en el marco de esa Convocatoria los accionantes se postularon a la Oferta Pública de Empleos de Carrera - OPEC 38665 para el empleo de nivel profesional denominado: Profesional Especializado Código 2028 Grado 17, del cual se reportó 12 vacantes.*

- *Señalaron que, luego de la OPEC, por medio de Decreto 1479 de 2017, el Departamento para la Prosperidad suprimió la planta temporal del ICBF y la transformó la planta de carácter permanente, lo que implicó que fueran creadas plazas adicionales a las ofertadas.*

- *Manifestaron que la CNSC por medio de Resolución No. CNSC 20182230072925 de 17 de julio de 2018, se conformó lista de elegibles para el cargo para el cual aspiraron los accionantes, en la cual quedaron ubicados en los lugares 14 -Martha Beatriz- y 16 -Eddy- respectivamente, lista por medio de la cual fueron provistas las 12 vacantes de la OPEC 38665, es decir se ubicaron a dos y cuatro lugares por debajo de las vacantes ofertadas.*

- *Refieren que existen 28 vacantes que fueron cubiertas por personal en provisionalidad por parte del ICBF, sin tener en cuenta la lista de elegibles en la que fueron inscritos los accionantes.*

- *Que fue expedida la Ley 1960 de 2019, que modificó la Ley 909 de 2004, norma esta última, que rigió para la convocatoria objeto de estudio. Que conforme a lo previsto en el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, los cargos vacantes que fueran objeto del concurso o equivalentes que queden vacantes en las entidades serán cubiertos con las listas de elegibles vigentes.*

- *Que la CNSC expidió Criterio Unificado de 1º de agosto de 2019, según el cual se adopta lo dispuesto en la Ley 1960 de 2019, para los concursos desarrollados con posterioridad a su promulgación, en esa medida las listas de elegibles de concursos desarrollados con antelación al 27 de junio de 2019, no resultan vinculantes para la provisión de cargos vacantes en las entidades que hayan realizado OPEC.*

- *Que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante sentencia de tutela de 18 de noviembre de 2019 dentro del proceso radicado 76001-3333-021-2019-00234-01 inaplicó por inconstitucional los lineamientos del mencionado criterio de unificación con efectos inter comunis respecto de 49 cargos de Profesional Universitario Código 2044 Grado 8, proceso en el cual se ordenó al ICBF que en el término máximo de 15 procediera a nombrar a los aspirantes en estricto orden de mérito.*

- *Que la Sala Plena de la CNSC en sesión de 16 de enero de 2020 emitió nuevo criterio de unificación respecto de las listas de elegibles conformadas al interior de concursos adelantados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2020, varió el criterio de unificación ajustándose a los parámetros jurisprudenciales, y a lo ordenado por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por lo cual, en adelante debía emplearse la lista de elegibles para la provisión de cargos vacantes con el uso de las respectivas listas de elegibles, pero lo limitó a los cargos con idéntica denominación, código y grado al que versó la acción de tutela que fuera decidida por el Tribunal del Valle del Cauca.*

- *Informaron que una de las personas que fueron nombradas en el cargo al que aspiraron los accionantes y que se había posesionado en propiedad, quien presentó renuncia para ir a laborar con el Ministerio de Salud.*

- *Que, en virtud de lo anterior, la señora Martha Beatriz Vásquez Ladino presentó derecho de petición el 18 de junio de 2020, en el cual solicitó información sobre la aceptación de la renuncia al mencionado empleo, quien se encuentra ocupando la vacante y si el mismo fue provisto a alguno de los integrantes de la lista de elegibles de la OPEC 38665, y que fueran adelantadas las gestiones para que dicho cargo fuera cubierto con la persona que en estricto orden de mérito deba ocuparlo según dicha lista de elegibles.*

- *Más adelante señalaron que el ICBF dio respuesta tardía de 26 de agosto de 2020 al derecho de petición radicado por la accionante el 18 de junio de 2020, oportunidad en la que la entidad se excusó por la demora en la respuesta y además el manifestó que el cargo respecto del cual requirió información fue declarado en vacancia definitiva por medio de Resolución No. 3879 de 19 de junio de 2020, luego de la renuncia presentada por la persona que ocupaba el cargo de profesional especializado Código 2028 Grado 17 ofertado en la Convocatoria 433 de 2016, además señaló que 11 de las 12 plazas ofertas fueron ocupadas por personas que integraron la lista de elegibles, que el cargo vacante que corresponde al señalado en el derecho de petición, será cubierto mediante la lista de elegibles resultante de la OPEC 38665 para el cargo de profesional especializado código 2024 grado 17, para el efecto, se encuentra a la espera que la CNSC remita la respectiva información para proceder a nombrar a la persona que reúna requisitos para el uso de esa lista de elegibles, agregó que el ICBF adelantará los nombramientos según los parámetros indicados por la CNSC, nombrando las personas de acuerdo a la lista de elegibles de la Convocatoria 433 de 2016, mientras la misma se encuentre vigente.*

- *Los accionantes manifestaron que en respuesta dada a otra integrante de la lista de elegibles, quien formuló petición en el mismo sentido, el ICBF le manifestó que la decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, no vinculaba a la entidad respecto otras OPEC dado que la misma solo cobijaba los empleos de igual denominación, código y grado a los señalados en la sentencia de 18 de noviembre de 2019 a los indicados en esa providencia, en esa medida las vacantes que se presenten en esos empleos serían cubiertas por el Sistema de Encargo y en provisionalidad.*

- *De otra parte, señalaron que el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pamplona, mediante sentencia de tutela de 30 de junio de 2020, además de inaplicar el concepto o criterio unificado emanado de la Sala Plena de la CNSC de 16 de enero de 2020,*

extendió el alcance de la sentencia de Tribunal de Valle del Cauca, no solamente a los cargos que se correspondan al código y grado de quien promueva la acción de tutela, sino además a cargos equivalentes, en aplicación del artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, en consecuencia, afirmaron que este fallo supera el concepto de "mismo empleo", para ajustarlo al de "empleo equivalente no convocado" teniendo en cuenta la existencia de una planta global en el ICBF.

- *Además, que dicho Acuerdo también estableció que la lista de elegibles estaría en firme 5 días después de su publicación y tendría una vigencia de dos años, que en relación con la lista de elegibles de la OPEC 38665 de la Convocatoria 433 de 2016, se tiene que la misma fue publicada el 23 de julio de 2018 y en consecuencia quedó en firme el 31 de julio de ese año, y mantuvo su vigencia en principio hasta el 31 de julio de 2020.*

- *Que no obstante lo anterior, debido a la pandemia generada por la COVID-19 los cronogramas y términos respecto de los procesos que adelanta la CNSC fueron suspendidos por el lapso de 50 días en total, conforme a diferentes Resoluciones emanadas de esa entidad, que como consecuencia de esa suspensión de plazos y términos, la vigencia de la lista de elegibles en la que se encuentran los accionantes se extendió hasta el 19 de septiembre de 2020, fecha que no había arribado al momento que fue interpuesta la acción de tutela -31 de agosto de 2020 archivo 1-.*

- *De otra parte, hicieron alusión a otros trámites de tutela en donde se apararon los derechos fundamentales de otras personas siguiendo los parámetros de los fallos de tutela del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona.*

- *Los accionantes manifestaron que en la actualidad existen 19 vacantes para el cargo de Profesional Especializado código 2028 grado 17, ubicados en Antioquia, Bogotá, Bolívar, Caldas, Cesar, Córdoba, Cundinamarca, Huila, La Guajira, Meta, Valle, Arauca y Guainía, que no se encuentra ocupados por servidores en carrera, sino que fueron provistos en provisionalidad y en encargo.*

2. Con base en los anteriores hechos, los actores sostuvieron que en la medida que la vigencia de la lista de elegibles de la cual hacen parte se extendió al 19 de septiembre de 2020 por la suspensión de términos decretada por los efectos de la pandemia de COVID-19, la misma estaba en vigor para el momento de la interposición de la tutela, en esa medida, en aplicación del concepto de empleo equivalente, les asiste la expectativa legitima de ser nombrados en carrera dentro de las vacantes del empleo al cual aplicaron en la OPEC 38665 de la Convocatoria 433 d e2016 – ICBF,

en razón al criterio de empleo equivalente que fuera desarrollado en los precedentes judiciales citados y por medio de los cuales se ha ordenado a la CNSC y al ICBF, proceder a dichos nombramientos.

3. En consecuencia, de todo lo anterior, solicitaron lo siguiente:

> ***"1º.*** *Se inaplique por inconstitucional el "Criterio Unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019", emanado por la SALA PLENA de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, el día 16 de enero de 2020.*
>
> ***2º.*** *Se ordene al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR que, en un plazo de 3 días, verifique en su planta global los empleos que cumplen con las características de* ***equivalencia****, con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, los cuales deban estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO), respecto de las vacantes Código 2028 Grado 17 Perfil NUTRICIÓN Y DIETÉTICA ocupadas por provisionales, en encargo o que a la fecha no estén provistas por planta de personal de carrera administrativa, con nuestra lista de elegibles Resolución No. CNSC – 20182230072925 del 17-07-2018, "Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer doce (12) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 38665, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016 – ICBF".*
> *(...)*
>
> ***3º.*** *Que en el término de tres días hábiles contados a partir de realizado lo anterior, ICBF solicite a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el uso de nuestra lista de elegibles, para la provisión de las vacantes PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028 Grado 17, Perfil NUTRICIÓN Y DIETÉTICA disponibles en la planta de personal del ICBF a nivel nacional, según el orden de mérito de la misma.*
>
> ***4º.*** *Que la CNSC informe dentro de los tres días hábiles siguientes si los elegibles que forman parte de nuestra lista de elegibles, objeto de la presente acción de tutela, cumplen con los requisitos para el uso de las respectivas listas, dentro de los cargos que hayan sido identificados como* ***equivalentes*** *a aquel al que concursaron, y defina la tarifa que debe pagar el ICBF por tal uso.*
>
> ***5º.*** *Dentro de los tres días hábiles siguientes de obtenido el concepto favorable, el ICBF expida el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal por la suma que soporta su uso, el cual enviará dentro de los tres días siguientes a la CNSC quien deberá expedir la autorización de uso de la lista de elegibles en otros tres días.*
>
> ***6º.*** *Una vez la CNSC realice tal actividad, el ICBF en tres días hábiles informe a los elegibles que forman parte de nuestra lista de elegibles objeto de la presente acción de tutela, respecto de las vacantes identificadas como* ***equivalentes*** *para que de éstas, cada elegible en orden de mérito elija una, para la cual se contaría con diez días, elección con base en la cual el ICBF expedirá las respectiva resoluciones de nombramiento en periodo de prueba en un término de tres días, y a partir de allí se adelantarán los trámites de*

> *aceptación y posesión y demás necesarios para concretar el derecho, de acuerdo con el Decreto 1083 de 2015 y demás normas aplicables.*
>
> ***7º.*** *Para dar cumplimiento a lo anterior, se tome el itinerario proferido por el TRIBUNAL SUPERIOR DE PAMPLONA en el fallo de segunda instancia, referido en la presente acción de tutela, así:*
> *(…)*
>
> ***8º.*** *Que, la actuación globalmente considerada no podrá tener una duración mayor de 30 días, y para su cabal realización las accionadas deberán actuar de manera coordinada y colaborativa, en función el principio consignado en el artículo 113 de la Constitución Nacional." (Págs. 50-52 Archivo 2).*

I.2. Contestación de la demanda.

I.2.1. Comisión Nacional del Servicio Civil (Archivo 15).

4. La CNCS señaló que en el presente caso se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva en la medida que no le corresponde a esa entidad realizar las actividades que solicitaron los accionantes en la demanda de tutela, pues es el ICBF el encargado de realizar tales acciones.

5. En relación con el caso bajo estudio, informó que por medio de Convocatoria 433 de 2016el ICBF ofertó 12 vacantes por OPEC 38665 correspondientes al cargo de profesional especializado código 2028 grado 17, que por medio de Resolución CNSC 20182230072925 de 17 de julio de 2018 se conformó lista de elegibles la cual quedó en firme el 30 de julio siguiente y estuvo vigente hasta el 30 de julio de 2020.

6. LA CNSC hizo referencia a los conceptos del mismo empleo y empleo equivalente, frente al primero sostuvo que se trata de los cargos con idéntica denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y grupo de aspirante, el elegible que deba ser nombrado debe cumplir con la correspondencia de esos factores para que sea procedente la utilización de la lista de elegibles para tal efecto; en tanto, frente al empleo equivalente, dijo que se trata de un empleo que resulta asimilable a otro, que dicha figura fue consignada para garantizar el respeto de los derechos de carrera cuando son suprimidos cargos, pero que no puede emplearse para los procesos de selección y nombramiento por mérito.

7. Señaló que la CNSC adoptó el 16 de enero de 2020 criterio unificado frente a la aplicación de la Ley 1960 de 2019, que en síntesis prevé que no será aplicable esa norma de manera retroactiva a los procesos de selección culminados con anterioridad a su entrada en vigencia; agregó que la lista de elegibles de la cual hacían parte los accionantes estuvo vigente hasta el 30 de julio de 2020 en consecuencia, la misma

perdió ejecutoriedad en los términos del artículo 91 del CPACA, y por ende, los accionantes no ostentan la calidad de elegibles.

8. Agregó que no resulta admisible la extensión de la vigencia de la lista de elegibles señalada en la demanda de tutela, en la medida que el Decreto Legislativo 491 de marzo de 2020, señaló que los procedimientos de nombramiento y posesión de elegibles seguiría aplicándose de manera virtual durante el término de la emergencia sanitaria ocasionada por la propagación de la COVID-19, en esa media, no hay duda sobre la pérdida de ejecutoriedad de la lista de elegibles de la que hicieron parte los accionantes.

9. Informó que en el presente asunto la vacante a que se refiere el escrito de tutela se originó tras la renuncia de una de las personas elegidas dentro de la OPEC 38665 de la Convocatoria 433 de 2016 ICBF, novedad que fue reportada en vigencia de la lista de elegibles de la OPEC 38665, y se dio aval a la entidad para proceder a nombrar en la misma a quien se ubicaba en la posición No. 13, quien tiene mejor derecho que los accionantes quienes se ubican en los puestos 14 y 16 respectivamente.

10. En virtud de lo anterior, solicitó que fuera declarada la improcedencia de la acción de tutela.

I.2.2. Instituto de Bienestar Familiar – ICBF (Archivo 21).

11. EL ICBF solicitó que la acción de tutela fuera declarada improcedente en la medida que esa entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados en el escrito introductorio, que esa entidad ha dado plena aplicación a los conceptos y criterios que rigen el sistema de carrera administrativa siguiendo los criterios de mérito para proveer los cargos, que no se presenta en el sub examine los requisitos de procedibilidad de la acción constitucional, tales como la trascendencia ius fundamental del asunto, la subsidiariedad, en tanto los accionantes pueden acudir a otros medios de defensa diversos a la tutela y la inexistencia de un perjuicio irremediable.

12. En relación con el asunto en concreto, señaló que fue adelantado con concurso de mérito por medio de Convocatoria No 433 de 2016, dentro de la cual se incluyó la OPEC 38665 para proveer 12 vacantes de profesional especializado código 2028 grado 17, de la cual se conformó lista de elegibles con 29 personas, los accionantes se ubicaron en las posiciones 14 y 16, lista que cobró ejecutoria el 31 de julio de 2018 y estuvo vigente por dos años, es decir al 31 de julio de 2020.

13. Que los 12 elegibles que ocuparon esas plazas se posesionaron y aprobaron el periodo de prueba, por lo cual ostentan derechos de carrera, además informó que durante la vigencia de la lista de elegibles de la OPEC 38665 se presentó una renuncia, motivo por el cual solicitó a la CNSC autorización para nombrar a la persona ubicada en el lugar 13 de la lista de elegibles de la mencionada OPEC, solicitud de la cual no había obtenido respuesta y que fue reiterada en el mes de agosto, motivo por el cual se desconoce si la persona que se ubicó en la posición 13 elegible, acepta o no tal nombramiento y por ende en dicho cargo no puede nombrarse a ninguno de los accionantes, pues ésta posee mejor derecho que los accionantes, por su ubicación en la lista de elegibles.

14. Agregó que esa entidad ha seguido los parámetros fijados por la CNSC, entidad que ha emitido criterios de unificación frente a la aplicación de la Ley 1960 de 2019, señalando que las listas elegibles en firme antes de la entrada en vigencia de esa norma se aplican según el criterio de "mismo cargo", es decir para que para usarlas para proveer cargos vacantes debe verificarse la identidad en el código, grado, nivel, funciones y ubicación geográfica.

15. Que de acuerdo con los criterios de unificación emitidos por la CNSC en especial el de 16 de enero de 2020, el ICBF realizó gestiones para revisar 1196 listas de elegibles conformadas en virtud de la Convocatoria 433 de 2016, que en el caso de la OPEC 38665, luego del estudio efectuado, se concluyó que no era posible aplicar el criterio unificador, en tanto no se había generado vacantes con el criterio "mismo empleo" para dicha OPEC.

16. De otra parte, destacó que contrario a lo afirmado por los accionantes en el escrito de tutela, el Decreto 1479 de 2017 no creó vacantes adicionales en relación con el empleo Profesional Especializado grado 17, tal como se evidencia de la lectura del artículo 2º del referido Decreto.

17. Informó que "En cuanto al requerimiento de las vacantes para este empleo, se tiene que una vez verificada la Planta Global del Instituto, se evidencia que existen cincuenta y tres (53) vacantes definitivas a nivel nacional que tienen ***varios perfiles y ubicaciones geográficas*** *razón por la cual, en la siguiente tabla solo se reportan las vacantes definitivas para el empleo* ***Profesional Especializado, Código 2028, Grado 17 Perfil: Nutrición y Dietética****, con funciones misionales de Centro Zonal; no obstante, se aclara que a pesar de compartir algunos criterios como (igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones), TIENEN DIFERENTE UBICACIÓN GEOGRÁFICA de la OPEC 38665" (pág. 6 Archivo 21), luego de ese reporte procedió a relacionarlas en la tabla vista a página 6 Archivo 21.*

18. Luego de reiterar los criterios de improcedencia de la acción de tutela en el sub lite, sostuvo que en caso de accederse a la tutela sería desconocido el principio constitucional de igualdad, en la medida que existen más de 150 casos de tutela respecto de los cuales se ha declarado la improcedencia de la acción al solicitar que sea inaplicado el criterio unificador de 16 de enero de 2020.

19. Con fundamento en lo anterior, solicitó fuera declarara la improcedencia de la tutela y de manera subsidiaria que sean denegadas las pretensiones de la demanda al no existir vulneración de los derechos fundamentales invocados.

II. LA SENTENCIA IMPUGNADA.

20. El Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia de 11 de septiembre de 2020, inaplicó el criterio de unificación de uso de las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019 emitido por la CNSC complementado en criterio de 6 de agosto de 2020, amparó los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a los cargos públicos y lo negó frente a los derechos de petición, igualdad y trabajo, decisión a la cual le otorgó efecto inter comunis y dispuso fuera publicada en la página web de las accionadas para comunicarla a los terceros interesados; además de lo anterior, dispuso las siguientes órdenes para la protección de los derechos fundamentales amparados[1]:

> *"- En el término de doce (12) horas siguientes a la notificación del presente proveído, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar deberá verificar en su planta global los empleos en vacancia definitiva y equivalentes al cargo de profesional especializado, código 2028, grado 17, con perfil de nutrición y dietética, al que se postularon las accionantes, en los precisos términos del artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, respecto de los cuales no exista lista de elegibles vigente o se haya agotado.*
>
> *- Dentro del mismo término, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF solicitará a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, proceda a autorizar el uso de la lista de elegibles CNSC-20182230072925 de 17 de julio de 2018, para efectuar el nombramiento en periodo de prueba a las accionantes y demás integrantes de dicha lista, en alguno de los cargos vacantes equivalentes, entidad que contará con el término de doce (12) horas para pronunciarse.*
>
> *- Una vez autorizado el uso de la lista de elegibles, dentro de las doce (12) horas siguientes el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF- informará por el medio más expedito a las accionantes Martha Beatriz Vásquez Ladino y Eddy Peñaranda Pedraza, así como a los demás integrantes*

[1] *Las ordenes inicialmente dispuestas en la sentencia fueron aclaradas mediante auto de 17 de septiembre de 2020.*

> *de la lista de elegibles, las vacantes identificadas como equivalentes para que de estas elijan una.*
>
> *- Inmediatamente se reciba la manifestación de interés, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF- procederá a expedir y notificar los actos administrativos de nombramiento en periodo de prueba en estricto orden de mé rito y en el orden de elegibilidad que les corresponda a las accionantes Martha Beatriz Vásquez Ladino y Eddy Peñaranda Pedraza, así como a los demás integrantes de la lista de elegibles CNSC20182230072925 de 17 de julio de 2018, sin que la duración de todo el procedimiento sobrepase el 18 de septiembre de 2020.).”*

21. Contrajo el problema jurídico a dilucidar si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales invocados al no proveer los empleos vacantes de la OPEC 38665 profesional código 2028 grado 17 perfil nutrición y dietética de la planta global de nivel nacional del ICBF con la lista de elegibles CNSC 20182230072925 de 17 de julio de 2018 en aplicación del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019.

22. Para desatar el problema jurídico el a quo analizó lo relacionado con la naturaleza de la acción de tutela, la procedencia de la misma en el marco de un concurso de méritos, en relación con este caso sostuvo que la misma era procedente, en tanto los accionantes no discuten la legalidad de actos administrativos del concurso sino la aplicación directa de normas de carrera administrativa en su caso concreto.

23. Posteriormente hizo alusión a cada uno de los derechos fundamentales con el apoyo de jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional, a saber, el derecho fundamental de petición, el acceso a los cargos públicos, igualdad y debido proceso en la carrera administrativa, así como referencia al marco jurídico general aplicable, acápite en el cual hizo referencia a la expedición de la Ley 1960 de 2019 que modificó la Ley 909 de 2004.

24. Al descender al caso concreto, el Juez de primera instancia hizo referencia a la existencia de los criterios unificadores emitidos por la CNSC de 16 de enero del año en curso que fue complementado el 6 de agosto de 2020; que de acuerdo con las pruebas aportadas en la demanda y al contestar la misma, tuvo por comprobado que:

a) Los accionantes ocuparon los puestos 14 y 16 en la lista de la OPEC 38665 de la Convocatoria 433 de 2016 ICBF;

b) La Resolución 1479 de 2017 no creó cargos de profesional especializado código 2028 grado 17;

c) La lista de elegibles cobró ejecutoria el 30 de julio de 2018;

d) La vigencia de la lista de elegibles se extendió hasta el 17 de septiembre de 2020, por disposición expresa de la CNSC;

e) El ICBF emitió respuesta al derecho de petición formulado por la accionante, sino que no fue comunicado por error al enviar el correo electrónico, sino hasta el 26 de agosto de 2020;

f) La lista de elegibles estaba encaminada a proveer 12 cargos de profesional especializado código 2028 grado 17 de la regional Bogotá, no obstante, lo anterior, por medio de Resolución No. CNCS 20182230156785 de 22 de noviembre de 2018, se dispuso que dicha lista de elegible una vez agotada para la respectiva territorial, sería utilizada para proveer cargos de ese empleo de la planta global del ICBF previa audiencia de escogencia de plaza, así como para las vacantes de los empleos convocados que se presenten durante la vigencia de la lista de elegibles;

g) Luego de consolidada la lista de elegibles y de la modificación acabada de aludir, fue expedida la Ley 1960 de 2019, que modificó la Ley 909 de 2004, que extendió la aplicación de la lista de elegibles a los cargos equivalentes;

h) Los criterios unificadores de 16 de enero y 1º de agosto de 2020, emitidos por la CNSC establecen que serán aplicables la lista de elegibles en firme con antelación a la entrada en vigencia únicamente para el "mismo empleo";

i) Las 12 vacantes de la OPEC 38665 de la Convocatoria 433 de 2016 ICBF fueron provistas a las personas que integraron la lista de elegibles producto de dicho concurso de méritos;

j) Una de las personas nombradas y posesionadas presentó renuncia a su cargo, en consecuencia, el 19 de junio de 2020, el mismo fue declarado vacante.

k) El ICBF, solicitó a la CNSC autorización para utilizar la lista de elegibles de la OPEC 38665 para cubrir esa vacante;

l) La CNSC por medio de oficio 20201020622591 autorizó el uso de la lista de elegibles por el ICBF para proveer un cargo que quedó vacante, para lo cual autorizó que fuera cubierto con la persona que ocupó el lugar 13 de esa lista;

m) Por Resolución No. CNSC 201823301652005 de 4 de diciembre de 2018, se declaró desierta la convocatoria 433 de 2016 respecto de 27 vacantes de profesional especializado grado 17 con diferentes OPEC;

n) El ICBF, informó que existen 53 vacantes definitivas a nivel nacional de profesional especializado código 2028 grado 17 con diferentes perfiles, de las cuales 15 se reportan con perfil en nutrición y dietética;

25. Bajo ese espectro probatorio, el Juzgado concluyó que el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, no prevé que el uso de la lista de elegibles, se realice frente a un mismo empleo, sino que extiende su uso a empleos equivalentes; que los criterios unificación de la CNSC desconocen tales presupuestos y dan un alcance diferente a la norma, con carácter restrictivo y contrario a criterios de similitud de empleos contenida en el Decreto 1083 de 2015 y, en síntesis, a lo previsto en el artículo 125 Constitucional; en esa medida, se deben inaplicar dichos criterios al ser inconstitucionales; que, si bien la Ley 1960 de 2019 no prevé efectos retroactivos, si es posible la aplicación retrospectiva de la misma, en tanto, se trata de una situación no consolidada, y en consecuencia, debe extenderse a su caso los efectos de esa ley, en relación con la utilización de la lista de elegibles para cargos equivalentes no convocados.

26. Además, que en la medida que la lista de elegibles de la OPEC 38665 no ha fenecido, dado que se extendió su vigencia hasta el 17 de septiembre de 2020, y se encuentra demostrada la existencia de vacantes del empleo profesional especializado código 2028 grado 17 perfil nutrición y dietética, con antelación a que feneciera la lista de elegibles de la OPEC 38665, la omisión en el uso de la misma conlleva la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a cargos públicos de los accionantes, en consecuencia, debe proceder a cubrir las vacantes con dicha la lista de elegibles. Para el efecto emitió las órdenes que fueron líneas arriba trascritas.

27. Luego de hacer referencia al concepto de efectos inter comunis de las decisiones de tutela, dijo que en el presente asunto se configuraban los supuestos para su aplicación, en esa medida, señaló que la sentencia los tendría y, en consecuencia, la orden era aplicable a los demás integrantes de la lista de elegibles de la OPEC 38665 de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF.

28. Por último, negó el amparo de los derechos fundamentales al trabajo, igualdad y de petición; en relación con los dos primeros por falta de prueba y, en cuanto al último, porque si bien el ICBF no atendió los términos para dar respuesta a la petición

previstos en el Decreto 491 de 2020 -que vencían el 7 de julio de 2020-, lo cierto es que antes de la interposición de la acción de tutela -26 de agosto de 2020- emitió respuesta a la solicitud presentada por la accionante el 20 de mayo de 2020, es decir, la vulneración cesó.

III. IMPUGNACIÓN.

29. El ICBF impugnó (Archivo 32) la sentencia; la CNSC (Archivo 40) solicitó aclaración de la sentencia de 11 de septiembre de 2020.

III.1. Recurso de Apelación ICBF.

30. El ICBF luego de hacer referencia a la ratio decidendi, señaló que no comparte las conclusiones del a quo, pues el criterio unificado emitido por la CNSC se aviene a las provisiones constitucionales para la provisión de cargos de carrera por el sistema de méritos, criterio que se presume legal; y, que no existen decisiones en firme en relación con la determinación de inaplicarlo, pues no se ha surtido la revisión ante la Corte Constitucional; que el criterio de "mismo empleo" garantiza que las vacantes sean ocupadas por quienes se presentaron atendiendo los factores del empleo, incluida la ubicación geográfica.

31. Que frente a la vacante que se generó durante la vigencia de la lista de elegible de la OPEC 38665 de la Convocatoria 433 de 2016 ICBF, la CNSC autorizó que fuera cubierta con la persona que ocupó el lugar No. 13 de la lista de elegibles de dicha OPEC.

32. Además, que si bien existen vacantes en otras regionales para el cargo de profesional especializado código 2028 grado 17 perfil nutrición y dietética las mismas cuentan con sus propias listas de elegibles, en esa medida, la orden emitida por el Juez de primera instancia implicaría desconocer los derechos que le asisten a los elegibles que integran dichas listas; al respecto relacionó una tabla con las diferentes vacantes vista a página 3 Archivo 32 en donde se observa que se han provisto algunos cargos en provisionalidad, otros por encargo y algunos se reportan vacantes.

33. Reiteró que la lista de elegibles perdió vigencia desde el 30 de julio de 2020, motivo por el cual sostuvo que la tutela es extemporánea; que las suspensiones decretadas por la CNSC no suspendió el término para el vencimiento de la lista de elegibles de la OPEC 38665; y, que por Oficio 20203200957512 de 15 de septiembre

solicitó a la CNSC autorización para utilizarla para proveer vacantes del empleo de profesional especializado código 2028 grado 17 perfil nutrición y dietética.

34. Reiteró la improcedencia de la acción de tutela al existir falta de legitimación en la causa por pasiva y por activa, ser un asunto sin trascendencia ius fundamental, así como el desconocimiento de los presupuestos de inmediatez, subsidiariedad y perjuicio irremediable. En consecuencia, solicitó que fuera revocado el fallo de primera instancia y, en su lugar, se declarara improcedente la tutela o subsidiariamente fueran negadas las pretensiones.

III.2. Impugnación CNSC.

35. La CNSC, en escrito visible a Archivo 40, manifestó que, resulta procedente la solicitud de aclaración del fallo cuando existan frases o conceptos que ofrezcan duda -art. 285 CGP-; que en las órdenes dadas se le impusieron cargas que no le corresponden, como el reporte de vacantes en la OPEC, pues es el ICBF es la entidad que tiene tal información. Con fundamento en lo anterior solicitó:

> *"(…) aclarar y corregir la decisión que impone una carga procesal a la CNSC, ordenando al ICBF reportar las vacantes mencionadas en el aplicativo SIMO, solicitar a la CNSC la autorización para el uso de Listas de Elegibles y esta Comisión Nacional procederá respecto sus competencias a autorizar y enviar la autorización de la Lista al ICBF para que proceda con los nombramientos y posesiones a los que haya lugar." (Pág. 4 Archivo 40).*

36. Pese a que como ya se reseñó no está formulando recurso de apelación contra la sentencia, desarrolló un acápite amplio sobre la aplicación de la ley en el tiempo (págs. 5-11 Archivo 40), resaltó el alcance que, en su criterio debe darse a la retroactividad y la retrospectividad en relación con la Ley 1960 de 2019; concluyó que, al sub lite no le es aplicable el concepto de empleo equivalente introducido por esa norma, sino el de mismo empleo.

37. Además, sostuvo que la lista de elegibles había perdido vigencia en tanto el Decreto 491 de 2020 señaló que los nombramientos y posesiones seguirían efectuándose en los términos dispuesto en la ley en relación con la lista de elegibles que se encontraban en firme, así lo concluyó esa Comisión Nacional en decisión de 27 de mayo de 2020, en consecuencia, no es legal tener en cuenta una lista de elegibles; en este sentido, agregó, que las resoluciones expedidas por la CNSC suspendieron los términos para la realización de nuevos concursos y no ampliaron la vigencia de las listas de elegibles que se encontraban en firme, antes de la emergencia sanitaria.

38. De otra parte, refirió que si el ICBF creó nuevas vacantes, esa entidad debe ponerlo en conocimiento de la CNSC para que autorice utilizar listas de elegibles vigentes, en esa medida manifestó que no le compete ninguna gestión al respecto.

39. Agregó que como el ICBF no informó de la existencia de nuevas vacantes en el cargo para el que aspiraron los accionantes, no fueron vulnerados los derechos fundamentales "(…) toda vez que no sería nombrada ***en el empleo para el que concurso y demostró cumplir con lo exigido sino otro para el cual no se sometió a evaluación dentro del proceso de selección,*** *así también se vulnera el principio al mérito y la esencia misma de los concursos de mérito con los cuales se pretende garantizar el interés general y la prestación de un servicio, evaluando aspectos de la persona como su formación, conocimientos, aptitudes, experiencia, entre otros, de tal forma que quien provea la vacante haya demostrado cumplir a cabalidad con lo exigido." (Pág. 13 Archivo 40) -Negrilla y subraya del original-.*

40. Reiteró que la lista de elegibles perdió vigencia y fuerza vinculante, por ello las reclamaciones de los accionantes no son exigibles y, en caso de usarse la lista se desconocen los principios de justicia, legalidad y seguridad jurídica.

41. Con fundamento en lo anterior, solicitó aclaración y revocatoria de la sentencia.

IV. CONSIDERACIONES

1. Resuelve la Sala los recursos de apelación presentados por el ICBF y la CNSC contra la sentencia tutela de 11 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

IV.1. Del tema de la apelación.

2. En esta oportunidad, la Sala para desatar los cuestionamientos de los recursos propuestos por las entidades accionadas, debe proceder a establecer una serie de premisas para establecer si los reparos desvirtúan las conclusiones a las que arribó el a quo y que lo llevaron a tutelar los derechos fundamentales al acceso de cargos públicos y al debido proceso de los accionantes, así:

(a) La aplicación en el tiempo de la Ley 1960 de 2019 frente a la lista de elegibles que se encuentra en firme en un concurso de méritos antes de su entrada en vigencia;

(b) si en el caso que sea aplicable la Ley 1960 de 2019 a procesos de selección en los que se encontraba en firme la lista de elegibles, resulta aplicable el concepto de mismo empleo o empleo equivalente;

(c) la vigencia de la lista de elegibles de la OPEC 38665 de la Convocatoria 433 de 2016 ICBF, y si la misma se extendió por efecto de las suspensiones dispuestas por la CNSC en razón del COVID-19;

(d) si el hecho de ordenar la utilización de la lista de elegibles para cubrir vacantes de empleos equivalentes a los que aplicaron los accionantes desconocen derechos de las personas que aplicaron a determinadas plazas en la Convocatoria 433 de 2016 ICBF;

(e) en caso de ratificarse la protección dispensada en la sentencia de primera instancia, cual es el alcance de las órdenes que deben acatar las accionadas para protección de los derechos de los derechos fundamentales de los accionantes y es posible la aplicación de la misma con efectos inter comunis.

3. Cada uno de estos aspectos deben verificarse en ese orden, dado que uno constituye un presupuesto para descender al siguiente nivel de análisis, en consecuencia, la metodología que utilizará la Sala para desatar los recursos de alzada será la de estudiar el marco jurídico, jurisprudencial y fáctico para establecer si se cumple con ese presupuesto en el presente asunto, así que la Sala procederá conforme a lo anunciado.

IV.2. De la aplicación en el tiempo de la Ley 1960 de 2019, en particular sobre la lista de elegibles en firme antes de su promulgación y vigencia.

4. En primer lugar, la Sala debe señalar que recientemente se ocupó del estudio de este asunto, en sentencia de 12 de marzo de 2020, dentro del radicado 15001-3333-012-2020-00007-01, se consideró:

> ***"5.3. De la aplicación de la Ley 1960 de 2019 a la lista de elegibles conformada con anterioridad a su vigencia:***
> *Llegados a este punto, se observa que ante la existencia de una lista de elegibles vigente, en la que el accionante se encuentra incluido, el debate se dirige a la aplicación o no de una ley expedida con posterioridad a tal conformación de elegibles.*
>
> *Las leyes y, en general, las normas que componen el ordenamiento jurídico solo rigen para los actos, hechos o situaciones de derecho que se constituyen con posterioridad a su entrada en vigencia y, por ello, solo por excepción*

pueden ser aplicadas en el tiempo de manera diferente, a través de las siguientes figuras:

> ***Retro-actividad**: en principio, se configura cuando una norma expresamente contempla la posibilidad de ser aplicada a situaciones de hecho que se consolidaron con anterioridad a su entrada en vigencia[2], un ejemplo claro de este instituto jurídico es el establecido en el artículo 29 constitucional, conforme al cual "en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva y desfavorable".*
>
> ***Ultra-actividad**: consiste en la aplicación de una norma que ha sido expresa o tácitamente derogada, a situaciones de hecho que si bien tuvieron lugar durante su vigencia, en la actualidad se encuentran regidas por una nueva disposición jurídica; de forma que, si bien la nueva ley es de aplicación inmediata y, por tanto, debería regular las situaciones que se consoliden en su vigencia, resulta admisible el uso de la normatividad anterior con el objetivo de preservar los derechos adquiridos y las legítimas expectativas de quienes se rigieron por la normativa derogada.[3]*
>
> ***Retrospectividad:** La jurisprudencia de las Altas Cortes ha aceptado la posibilidad la aplicación temporal de las normas, la cual, si bien no encuentra desarrollo ni consagración normativa expresa[4]. En relación con esta figura, se ha indicado que ella consiste en la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva.*

En relación con la aplicación de los efectos de la ley en el tiempo la Sentencia C-619 de 2001[5], precisó que las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley ésta es de aplicación inmediata.

Por su parte la sentencia en la Sentencia Radicado No. 56302 de 2014 el Consejo de Estado[6] indicó que:

> *"(...) Por el contrario, frente a situaciones inciertas y eventuales que no se consolidaron al amparo de una normatividad anterior, opera un principio de aplicación inmediata de la ley, a la cual deberán adecuar su conducta quienes no hayan logrado llevar a su patrimonio derechos que concedía la norma derogada. Así, la Corte ha señalado que mientras los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos por las leyes ulteriores, por el contrario, las simples expectativas no gozan de*

---

[2] Ver Sentencias C-181 de 2002, T-060 de 2003, T-389 de 2009, T-110 de 2011 y C-258 de 2013, entre otras.
[3] Ver Sentencias C-763 de 2002, C-377 de 2004 y T-110 de 2011, entre otras.
[4] Ver Sentencias T-110 de 2011, C-258 de 2013, entre otras.
[5] M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra
[6] Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación No: 15001-23-33-000-2013 - 00563-02. Acción de tutela – Impugnación. Bogotá D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil catorce (2014)

> *esa protección, pues "la ley puede modificar discrecionalmente las meras probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho." Por ello, las expectativas que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho, pueden ser reguladas por el legislador "según las conveniencias políticas que imperen en el momento, guiado por parámetros de justicia y de equidad que la Constitución le fija para el cumplimiento cabal de sus funciones." Cabe agregar que, en todo caso, la consolidación del derecho que otorga el haber sido incluido en una lista de elegibles, se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer…" (Subrayado fuera de texto)*
>
> *En este caso, según los antecedentes, el accionante fue incluido en una lista de elegibles que a la fecha se encuentra vigente, es decir, se está ante un derecho subjetivo adquirido, sin embargo, ese derecho no se ha concluido mediante el nombramiento en el empleo, lo cual implica que mantiene una expectativa frente a ello.*
>
> *Entonces como en vigencia de la lista se crearon empleos de idéntica clasificación que aquel para el cual concursó el accionante y, en ese interregno, se expidió la Ley 1960 de 2019, el fenómeno a examinar es el de la aplicación retrospectiva de la ley en tanto fue expedida luego de la convocatoria del concurso y de la conformación de la lista de elegibles, pero antes de su vencimiento."*

5. Ahora con posterioridad a ese pronunciamiento, la Corte Constitucional en Sentencia T-340 de 21 de agosto de 2020 (M.P. Doctor Luis Guillermo Guerrero Pérez), se ocupó del estudio de ese tópico, en un caso de similares contornos al presente, relacionado con la aplicación de la Ley 1960 de 2019, respecto de una lista de elegibles en firme de la Convocatoria 433 de 2016 ICBF, oportunidad en la que el Máximo Tribunal Constitucional señaló los siguientes aspectos que se transcriben in extenso dada su importancia para desatar los recursos propuestos:

> ***"3.6. Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo***
>
> *3.6.1. El 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019, "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones". En ella se alteraron figuras como el encargo, se dispuso la profesionalización del servicio público, se reguló la movilidad horizontal en el servicio público y, en particular, respecto de los concursos de méritos, se hicieron dos cambios a la Ley 909 de 2004. El primero de ellos consistió en la creación de los concursos de ascenso, para permitir la movilidad a cargos superiores de funcionarios de carrera dentro de la entidad, así, en la referida ley, se establecieron unas reglas puntuales para la procedencia de estos concursos y se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los seis meses siguientes contados a partir de su expedición, debía determinar el procedimiento para que las entidades y organismos reportaran la OPEC, para viabilizar el referido concurso.*
>
> *El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, como se mencionó con anterioridad, con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas "vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la*

convocatoria de concurso en la misma entidad". Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación.

Como se aprecia, el cambio incluido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, comporta una variación en las reglas de los concursos de méritos, particularmente en relación con la utilización de las listas de elegibles. Así, la normativa anterior y la jurisprudencia de esta Corporación sobre el tema, partían de la premisa de que ***la norma establecía que las listas de elegibles únicamente podrían usarse para los cargos convocados y no otros****, a pesar de que con posterioridad a la convocatoria se generaran nuevas vacantes definitivas. Con ocasión de la referida modificación, esta Sala deberá definir la aplicación en el tiempo de dicha norma, comoquiera que, su uso, en el caso concreto, prima facie, proveería un resultado distinto de aquel que podía darse antes de su expedición, no solo debido al cambio normativo, sino también a la consecuente inaplicabilidad del precedente señalado de la Corte respecto del uso de la lista de elegibles, ya que la normativa en la cual se insertaron esos pronunciamientos varió sustancialmente.*

(...)

3.6.3. Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma, por lo que se deberá definir si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley.

El primero de estos fenómenos, esto es, la retroactividad, se configura cuando la norma expresamente permite su aplicación a situaciones de hecho ya consolidadas. Por regla general está prohibido que una ley regule situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, en respeto de los principios de seguridad jurídica y buena fe[7], así como del derecho de propiedad.

Por otro lado, el fenómeno de la ultractividad consiste en que una norma sigue produciendo efectos jurídicos después de su derogatoria, es decir "se emplea la regla anterior para la protección de derechos adquiridos y expectativas legítimas de quienes desempeñaron ciertas conductas durante la vigencia de la norma derogada, no obstante existir una nueva que debería regir las situaciones que se configuren durante su período de eficacia por el principio de aplicación inmediata anteriormente expuesto"[8].

Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso sub-judice*. El último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la* ***retrospectividad****, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, "pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma*

---

[7] Ver, Sentencia 402 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz y Sentencia T-389 de 2009, M.P. Humberto Sierra Porto.
[8] Sentencia T- 525 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

definitiva"[9]. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia.

***Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles**. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.*

*Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles "se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer"[10]. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen **un derecho subjetivo** y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004[11].*

*Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, **regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley**. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que*

---

[9] Sentencia T-564 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.
[10] Sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
*[11] La norma en cita dispone que: "**ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio**. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; // b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa; (...) d) Por renuncia regularmente aceptada; // e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez [Declarado EXEQUIBLE por la Corte en Sentencia C-501 de 2005, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.] // f) Por invalidez absoluta; // g) Por edad de retiro forzoso; // h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario; // i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo [Declarado EXEQUIBLE por la Corte en Sentencia C-1189 de 2005, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.] // j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen; // k) Por orden o decisión judicial; // l) Por supresión del empleo;// m) Por muerte; // n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes."*

> *permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso.*
>
> *Por último, se aclara que en este caso no se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto de los potenciales aspirantes que podrían presentarse a los concursos públicos de méritos para acceder a los cargos que ahora serán provistos con las listas de elegibles vigentes en aplicación de la nueva ley. En efecto, tanto la situación de quienes tienen derechos adquiridos como de quienes aún no han consolidado derecho alguno,* ***están reservadas para las personas que conformaron las listas de elegibles vigentes al momento de expedición de la ley, de manera que el resto de la sociedad está sujeta a los cambios que pueda introducir la ley en cualquier tiempo, por cuanto, en esas personas indeterminadas no existe una situación jurídica consolidada ni en curso****.*
>
> *3.6.4. Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que "las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019,* ***deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad*** *y que correspondan a los* ***"mismos empleos",*** *entiéndase con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."*[12].
>
> *3.6.5. En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido.* ***De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente****." -Subraya fuera del texto-.*

6. En este punto resulta conveniente, citar lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 1960 de 2020, que en su tenor literal prevé:

> ***"ARTÍCULO 6.*** *El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:*

---

[12] *Énfasis por fuera del texto original, Consultado en: https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos.*

> *"**ARTÍCULO 31.** El proceso de selección comprende:*
> *1. (...)*
> *2 (...)*
> *3 (...)*
> *4 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 ésta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y **las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados**, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad." -Negrilla por fuera del texto-.*

7. En relación con la definición de empleo o cargo equivalente, el Decreto Único del Sector Función Pública -Decreto 1083 de 2015-, establece:

> ***"ARTICULO 2.2.11.2.3** Empleos equivalentes. **Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igualo superio**r, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente". -Subraya y negrilla fuera del texto-.*

8. Visto lo anterior, para este Tribunal no queda duda alguna sobre la aplicabilidad de la Ley 1960 de 2019, frente a situaciones no consolidadas como la de los accionantes, quienes al ser incluidos en una lista de elegibles en firme, previo a la entrada en vigencia de esa norma, contaban con la expectativa de ser nombrados en los cargos vacantes que se presentaran durante la vigencia de la lista, pues el lugar en que se ubicaron era superior al numero de vacantes ofertadas, entonces su situación se regula por la nueva Ley, tal como se deduce tanto de lo considerado en el precedente propio como el vertical, que refuerza la tesis que aplicó esta Sala.

9. Lo anterior, implica que contrario a lo manifestado por las accionadas en sus intervenciones al contestar la demanda de tutela y en los recursos de apelación, no resulta admisible aplicar el criterio de "mismo empleo", pues la norma en comento señala expresamente que se trata de "empleo equivalente", expresión que difiere, ostensiblemente, de lo considerado tanto por el ICBF como por la CNSC, pues no se trata de empleos con la misma denominación, grado, código y ubicación geográfica, sino que resulten similares, es decir que no debe ser idénticos, además se tratan de aquellos que no han sido convocados a concurso, según se lee en la norma objeto de análisis; así al establecerse que la Ley 1960 de 2019, regula la situación debe aplicarse el concepto de empleo equivalente y no el del mismo empleo, como lo señalaron las accionadas.

10. Conforme a lo anterior, comparte esta Sala la decisión del a quo de inaplicar los criterios de unificación de 16 de enero de 2020 y 1º de agosto siguiente emitidos por la CNSC, pues, la interpretación contenida en los mismos resulta contraria a la Ley, en tanto, ésta no establece que se aplique para un mismo empleo en los términos descritos en dichos conceptos, sino para empleos o cargos equivalentes no convocados, interpretación que se ajusta además a lo dispuesto en el artículo 125 Constitucional.

11. En este punto resulta importante señalar que a la misma conclusión arribó la CNSC en Criterio de Unificación de 22 de septiembre de 2020[13], expedido con posterioridad al fallo de primera instancia, en el cual sobre el particular se lee:

> *"Sobre el particular, es pertinente trascribir lo contemplado en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, que determina:*
>
> *"ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:*
> *1. (...)*
> *2 (...)*
> *3 (...)*
> *4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años.* ***Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados****, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad."*
>
> *II. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO*
>
> *¿Cómo determinar si un empleo es equivalente a otro para efectos del uso de listas de elegibles en la misma entidad?*
>
> *III. RESPUESTA*
>
> *En cumplimiento del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, las listas de elegibles producto de un proceso de selección se usarán para proveer vacantes definitivas de los "mismos empleos" o "empleos equivalentes", en los casos previstos en la Ley[14]*
>
> *Para efecto del uso de listas se define a continuación los conceptos de "mismo empleo" y "empleo equivalente":*
>
> • *MISMO EMPLEO.*
>
> *Se entenderá por "mismos empleos", los empleos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación*

[13] *file:///C:/Users/user/Downloads/CriterioUnificado_Uso_Listas_Elegibles_EmpleosEquivalentes.pdf*
[14] *Vacantes generadas por modificación de planta, o por las causales del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.*

geográfica y mismo grupo de aspirantes[15]; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.

- *EMPLEO EQUIVALENTE.*

Se entenderá por empleos equivalentes aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan grado salarial igual, posean el mismo requisito de experiencia, sean iguales o similares en cuanto al propósito principal o funciones, requisitos de estudios y competencias comportamentales y mismo grupo de referencia[16] de los empleos de las listas de elegibles.

Para analizar si un empleo es equivalente a otro, se deberá:

PRIMERO: Revisar las listas de elegibles vigentes en la entidad para determinar si existen empleos del mismo nivel jerárquico y grado del empleo a proveer.

NOTA: Para el análisis de empleo de nivel asistencial se podrán tener en cuenta empleos de diferente denominación que correspondan a la nomenclatura general de empleos, con el mismo grado del empleo a proveer. Por ejemplo, el empleo con denominación Secretario Código 4178 Grado 14 y el empleo con denominación Auxiliar Administrativo Código 4044 Grado 14.

SEGUNDO: Identificar qué empleos de las listas de elegibles poseen los mismos o similares requisitos de estudios del empleo a proveer. Para el análisis, según corresponda, se deberá verificar:
a. Que la formación exigida de educación primaria, secundaria o media (en cualquier modalidad) en la ficha del empleo de la lista de elegibles corresponda a la contemplada en la ficha del empleo a proveer.
b. Que para los cursos exigidos en la ficha del empleo de la lista de elegibles la temática o el área de desempeño sea igual o similar a la contemplada en la ficha del empleo a proveer y la intensidad horaria sea igual o superior.
c. Que la disciplina o disciplinas exigidas en la ficha del empleo de la lista de elegibles estén contempladas en la ficha del empleo a proveer.
d. Que el NBC o los NBC de la ficha del empleo de la lista de elegibles este contemplado en la ficha del empleo a proveer.
e. Que la disciplina o disciplinas de la ficha del empleo de la lista de elegibles pertenezca al NBC o los NBC de la ficha del empleo a proveer.

NOTA: Cuando el requisito de estudios incluya título de pregrado o aprobación de años de educación superior, según corresponda, se deberá seleccionar las listas de elegibles con empleos cuyos requisitos de estudios contienen al menos una disciplina o núcleo básico del conocimiento de los requisitos de estudio del empleo a proveer.

TERCERO: Verificar si los empleos de las listas de elegibles anteriormente seleccionados poseen los mismos requisitos de experiencia del empleo a proveer, en términos de tipo y tiempo de experiencia.

---

[15] Mismo Grupo de Aspirantes: Grupo de aspirantes a quienes se les evalúa las mismas competencias (mismo cuadernillo); y a quienes se les califica con los mismos parámetros estadísticos y el mismo ponderado (mismo sistema de calificación)
[16] Mismo Grupo de Referencia o Normativo: Grupo al que se aplica el mismo cuadernillo y se califica agrupado. Por lo tanto, es un agregado estadístico que será empleado para obtener la calificación estandarizada (usualmente basada en el cálculo de la media y desviación típica).

> *En caso de que los requisitos del empleo incluyan equivalencias entre estudios y experiencia, el estudio se podrá efectuar sobre la equivalencia aplicada establecida en el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales.*
>
> *CUARTO: Con los empleos seleccionados anteriormente, se deberá identificar los elementos que determinan la razón de ser de cada uno de los empleos, el propósito principal y las funciones esenciales, esto es las que se relacionan directamente con el propósito.*
>
> *Una vez seleccionados los elementos anteriormente descritos, se deberá revisar que la acción de al menos una (1) de las funciones o del propósito principal del empleo de la lista de elegibles contemple la misma acción de alguna de las funciones o del propósito del empleo a proveer.*
>
> *Entendiéndose por "acción" la que comprende el verbo y el aspecto o aspectos sobre el que recae este, sin que esto implique exigir experiencia específica, la cual se encuentra proscrita en el ordenamiento jurídico colombiano. Por ejemplo, las funciones "proyectar actos administrativos en temas de demandas laborales" y "proyectar actos administrativos en carrera administrativa" contemplan la misma "acción" que es proyectar actos administrativos y por lo tanto, los dos empleos poseen funciones similares.*
>
> *QUINTO: Verificar qué empleos a analizar poseen iguales o similares requisitos en cuanto a competencias comportamentales para lo cual se deberá verificar que al menos una (1) competencia comportamental común del empleo de la lista de elegibles coincida con alguna de las competencias comunes del empleo a proveer y que al menos una (1) competencia comportamental por nivel jerárquico del empleo de la lista de elegibles coincida con alguna de las competencias por nivel jerárquico del empleo a proveer.*
>
> *Los empleos que hayan sido identificados como equivalentes en la planeación de los Procesos de Selección, se tratarán como un mismo grupo de referencia o grupo normativo.*
>
> *El presente Criterio Unificado fue aprobado en sesión de Sala Plena de la CNSC celebrada el día 22 de septiembre de 2020."*

12. Entonces, concluye esta Corporación que los literales a) y b), se resuelve a favor de la interpretación contenida en la sentencia impugnada y los cargos de los recursos de apelación, sobre el alcance e interpretación que debe dársele a la Ley 1960 de 2020, no prosperan, y, por el contrario, se evidencia que la CNSC adoptó un criterio que amplía la aplicación de la lista al del empleo equivalente conforme a lo previsto en el artículo 6º ídem. Ahora tal como se observa de lo señalado en la sentencia T-340 de 2020, resulta indispensable analizar la vigencia de la lista de elegibles, pues este aspecto tendría impacto en si ésta era aplicable para los accionantes y hasta que momento.

IV.3. De la vigencia de la Lista de elegibles de la OPEC 38665 de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF.

13. De acuerdo a lo señalado por el a quo, la vigencia de la lista de elegibles se extendió del 30 de julio de 2020 hasta el 13 de septiembre de 2020, en la medida que "(…) la CNSC mediante Resoluciones 4970 de 24 de marzo, 5265 de 13 de abril, 5804 de 24 de abril y 5936 del 8 de mayo de 2020, suspendió los cronogramas y términos de los procesos de selección adelantados por la Comisión, incluidos aquellos atinentes a reclamaciones, solicitudes de exclusión, expedición de listas y firmeza individual y general de las listas, a partir del 24 de marzo y hasta el 10 de mayo de 2020 (fls. 258 a 266 archivo 6)". (Pág. 29 Archivo 29).

14. Por su parte, la CNSC y el ICBF, refieren en sus recursos que contrario a lo concluido por el Juzgado de primera de instancia, la lista de elegibles para la fecha en que se presentó la acción de tutela ya había fenecido su vigencia, pues de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 491 de marzo de 2020, la suspensión de términos no se extendió a los nombramientos y posesión de los empleados de concursos respecto de los cuales ya se contaba con lista de elegibles en firme como el desarrollado por la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF.

15. Para resolver este cuestionamiento la Sala, en primer lugar, se ocupará de estudiar lo señalado en el Decreto 491 de 2020 y cuál fue el alcance de la norma a la que se refieren los recurrentes -art. 14-, luego de ello, analizará el alcance que tienen las Resoluciones 4970 de 24 de marzo de 2020, 5265 de 13 abril siguiente y 5936 de 8 de mayo de 2020, para establecer si de lo señalado en esos actos administrativos se puede arribar a la conclusión a la que llegó el Juez de primera instancia.

16. En el artículo 14 del Decreto 491 de 2020, establece lo siguiente:

> ***ARTÍCULO 14. Aplazamiento de los procesos de selección en curso.*** *Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, para garantizar la participación en los concursos sin discriminación de ninguna índole, evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento social, se aplazarán los procesos de selección que actualmente se estén adelantando para proveer empleos de carrera del régimen general, especial constitucional o específico, que se encuentren en la etapa de reclutamiento o de aplicación de pruebas.*
>
> *Las autoridades competentes deberán reanudar dichos procesos una vez se supere la Emergencia Sanitaria.*
>
> *En el evento en que el proceso de selección tenga listas de elegibles en firme se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones señalados en la normatividad vigente aplicable a la materia. La notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar haciendo uso de medios electrónicos. Durante el período que dure la Emergencia Sanitaria estos servidores públicos estarán en etapa de inducción*

y el período de prueba iniciará una vez se supere dicha Emergencia." - Subraya fuera del texto-.

17. Norma que fue objeto de control de constitucional por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-242 de 2020 (M.P. Doctores Cristina Pardo Schlesinger – Luis Guillermo Guerrero Pérez), pronunciamiento que luego de hacer el análisis de los criterios y formales de constitucional del Decreto 491 de 2020, en relación con el artículo 14, se señaló:

"- Artículo 14. Aplazamiento de procesos de selección en curso

6.256. El artículo 40.7 de la Carta Política señala que "todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) acceder al desempeño de funciones y cargos públicos".

6.257. A su vez, el artículo 125 de la Constitución establece, como regla general, el régimen de carrera administrativa para la gestión del acceso, permanencia, ascenso y retiro de los empleos del Estado, "buscando con ello privilegiar el mérito como criterio de selección y permanencia del personal público". Asimismo, en dicha disposición se contemplan, a modo de excepciones, los cargos "de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley".

6.258. Al respecto, este Tribunal ha explicado que existen tres grandes regímenes de carrera administrativa en Colombia, a saber[17]:

(i) El régimen general de carrera, desarrollado en la Ley 909 de 2004[18] y mediante el cual se gestionan la mayoría de los empleos de la administración pública en los niveles nacional y territorial, tanto de los sectores central como descentralizado[19], salvo los que estén sometidos a un especial sistema de provisión por ministerio de la Constitución o la ley.

(ii) El régimen especial de carrera de origen constitucional, el cual se circunscribe a aquellos empleos que, por disposición del Constituyente, deben gestionarse mediante un sistema especial, como sucede con los cargos de las universidades estatales (art. 69 CP), las Fuerzas Militares (art. 217 CP), la Policía Nacional (art. 218 CP), la Fiscalía General de la Nación (art. 253 CP), la Rama Judicial (art. 256-1 CP), la Registraduría Nacional del Estado Civil (art. 266 CP), la Contraloría General de la República (art. 268-10 CP) y la Procuraduría General de la Nación (art. 279 CP)[20].

(iii) El régimen especial de carrera de origen legal, denominado también como "sistema específico", el cual engloba los empleos que, por disposición del legislador, deben gestionarse mediante un sistema especial, como ocurre con el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas

---

[17] Cfr. Sentencias C-288 de 2014 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y C-285 de 2015 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).
[18] "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y se dictan otras disposiciones".
[19] Cfr. Artículo 3° de la Ley 909 de 2004.
[20] Cfr. Sentencias C-315 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y C-553 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Nacionales o en las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, entre otros[21].

6.259. Igualmente, en el artículo 125 superior se señala que "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", esto es, por concurso. En concordancia con lo anterior, esta Corporación ha tomado nota de que "el legislador cuenta con un margen de configuración normativa para clasificar los concursos, señalar sus trámites y estatuir los requisitos exigibles en cada uno de ellos[22]*"*[23].

6.260. Con todo, esta Corporación ha precisado que la referida libertad de configuración encuentra límites en "(i) la búsqueda de la eficiencia y eficacia en el servicio público; (ii) la garantía de la igualdad de oportunidades y; (iii) la protección de los derechos subjetivos consagrados en los artículos 53 y 125 de la Constitución"[24].

6.261. En el artículo 14 del Decreto 491 de 2020, el Gobierno Nacional dispuso que "para garantizar la participación en los concursos sin discriminación de ninguna índole, evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento social", durante la vigencia de la emergencia sanitaria declara por el Ministerio de Salud y Protección Social, "se aplazarán los procesos de selección que actualmente se estén adelantando para proveer empleos de carrera del régimen general, especial constitucional o específico, que se encuentren en la etapa de reclutamiento o de aplicación de pruebas".

6.262. Sin embargo, en la misma disposición se aclara que "en el evento en que el proceso de selección tenga listas de elegibles en firme se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones señalados en la normatividad vigente aplicable a la materia", así como se precisa que "la notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar haciendo uso de medios electrónicos". Adicionalmente, se dispone que "durante el período que dure la Emergencia Sanitaria estos servidores públicos estarán en etapa de inducción y el período de prueba iniciará una vez se supere dicha Emergencia".

6.263. Sobre el particular, la Corte evidencia que la suspensión de los procesos de selección contemplada en el artículo 14 afecta el derecho a ocupar cargos públicos y los principios de mérito como criterio de acceso al empleo público y de celeridad, establecidos en los artículos 40.7, 125 y 209 de la Constitución, puesto posterga en el tiempo los concursos al permitir que éstos no sean adelantados en los plazos establecidos en las convocatorias respectivas y sean interrumpidos mientras dure vigente la emergencia sanitaria.

6.264. Sin embargo, esta Sala constata que dicha afectación a los referidos principios superiores es proporcional en función de las circunstancias excepcionales que enfrenta el país con ocasión de la pandemia, porque la medida de suspensión de los procesos de selección:

(i) Persigue una finalidad legítima, en tanto que busca que las restricciones sanitarias adoptadas con ocasión de la pandemia no impidan que ciertas

---

[21] *Cfr. Artículo 4° de la Ley 909 de 2004.*
[22] *Sentencia C- 486 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).*
[23] *Sentencia C-288 de 2014 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).*
[24] *Ibídem.*

personas puedan participar en los concursos de méritos en desarrollo, así como evitar que se realicen pruebas masivas que deriven en escenarios de contagio.

(ii) Es adecuada para cumplir dicho objetivo, ya que, por medio del aplazamiento temporal de los concursos, se permite que las personas que no se encuentran en la posibilidad material de participar en los procesos de selección por su edad, condiciones de salud, posibilidades de acceso a medios tecnológicos o atender ciertas medidas sanitarias, no vean afectadas sus aspiraciones legítimas de ingresar al empleo público.

(iii) Es necesaria, toda vez que la suspensión de los concursos es la única acción razonable que asegura que, sin importar el impacto de las diversas medidas adoptadas para enfrentar el riesgo epidemiológico asociado al coronavirus COVID-19 que han implicado, por ejemplo, para algunas personas la imposibilidad de salir de sus residencias o de regresar del exterior, se presenten casos de negación de la oportunidad de acceder al empleo público.

(iv) Es proporcional en sentido estricto, en tanto que, si bien se restringe la celeridad de los trámites de selección y, con ello, el acceso al empleo público, lo cierto es que la suspensión de los procesos de selección es transitoria y finalizará una vez se supere la emergencia sanitaria. Además, no afecta a los concursos en los que ya existan listas de elegibles en firme y, por ello, se hayan consolidado derechos de los aspirantes.

6.265. Sobre este último punto, la Corte advierte que la decisión de dar continuidad a los procesos en curso que se encuentran en su etapa final no reviste problemas de constitucionalidad, ya que al haberse adelantado las pruebas respectivas y encontrase pendiente únicamente el nombramiento y posesión de las personas que ocuparon los primeros lugares en la convocatoria, se busca la concreción del principio de mérito teniendo en cuenta que, al tratarse de actuaciones con individuos puntuales, es posible proseguir con las mismas sin generar escenarios masivos de contagio.

6.266. En este sentido, se advierten razonables la autorización para que se realicen los nombramientos y posesiones por medios virtuales y, además, la estipulación de que el período de prueba sólo iniciará una vez se supere la emergencia sanitaria, pues son directrices que tienen en cuenta las limitaciones existentes para la prestación normal del servicio y reconocen que la calificación de un servidor en medio de las restricciones logísticas de la pandemia puede derivar en escenarios de arbitrariedad.

6.267. Ahora bien, frente a los cuestionamientos realizados al artículo 14 por los intervinientes, la Sala considera que las apreciaciones sobre la afectación de derechos carecen de soporte, y las relativas a las dificultades de transición aluden a una valoración fáctica que escapa al control constitucional. Específicamente, esta Corporación estima que:

(i) A pesar de que para algunas personas el posible retiro del cargo que ocupan en provisionalidad ante su provisión por concurso puede llegar a afectar su estabilidad económica en medio de la pandemia, lo cierto es que la naturaleza de su vinculación provisional lleva implícita dicha eventualidad y, por ende, no puede alegarse como una circunstancia imprevisible que exigiera por parte del legislador un trato preferencial.

(ii) La disposición de no suspender los procesos de selección en los que existan listas en firme, incluso en el sector salud, no tiene el potencial de afectar la

> *prestación del servicio, porque, en principio, las personas que superan las distintas etapas de las convocatorias han demostrado su idoneidad laboral para ocupar los cargos respectivos.*
>
> *(iii) Si bien, como lo propone la Comisión Nacional del Servicio Civil, podrían organizarse pruebas o exámenes individuales o virtuales que no impliquen el contacto social, lo cierto es que con ocasión de la pandemia se han implementado medidas sanitarias locales y nacionales que pueden, en ciertos casos, impedir que las personas agoten las etapas del proceso de selección bajo tales condiciones, máxime cuando es un hecho notorio que no todos los individuos tienen acceso a los medios tecnológicos o pueden utilizarlos con destreza, por lo que la Corte no estima que, a pesar de que ello pueda ser conveniente, sea inconstitucional la omisión de otorgarle la facultad a dicha entidad para adelantar algunas fases de las convocatorias.*

18. Conforme a lo expuesto, para la Sala, basada tanto en lo descrito en el Decreto 491 de 2020 en su artículo 14, como lo considerado en la sentencia, deduce que la suspensión de términos no afecta los nombramientos y posesiones de las personas que ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles en firme, sin embargo, no resulta diáfano concluir que la misma no afecta la caducidad o prescripción de los términos que venían contabilizándose desde la firmeza de dichas listas de elegibles.

19. Ahora, vistas las resoluciones expedidas por la CNSC, por medio de las cuales adoptó medidas transitorias para prevenir y evitar la propagación de COVID-19, se logra establecer que de manera concreta se interrumpieron los términos frente a ***los diferentes procesos*** *que adelanta la entidad, así:*

a) En la Resolución No. 4970 de 2020[25], se dispuso:

> *"ARTÍCULO TERCERO.- Suspender los términos en los procesos disciplinarios, jurisdicción coactiva y los que están en curso en ejercicio de la facultad de vigilancia en carrera administrativa, así como las actuaciones relacionadas con registro, provisión, incorporaciones y reincorporaciones, a partir del día 24 de marzo y hasta el 13 de abril de 2020.*
>
> *ARTÍCULO CUARTO.- Interrumpir los términos de caducidad y prescripción de los diferentes procesos que adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil; en consecuencia, las dependencias deberán adoptar las medidas necesarias en las actuaciones que se encuentren en curso y en las que se computen términos para dar cumplimiento a lo dispuesto." -Subraya fuera del texto-.*

b) En la Resolución No. 5275 de 13 de abril de 2020[26], se resolvió:

---

[25] file:///C:/Users/user/Downloads/Resolucion%204970%20de%202020.pdf
[26] file:///C:/Users/user/Downloads/Resolucion%20prorroga%20suspension%20terminos%20CNSC.pdf

> *"ARTÍCULO PRIMERO.- Prorrogar la Resolución 4970 del 24 de marzo de 2020, entre el 13 y el 26 de abril del mismo año, en atención a lo dispuesto en el Decreto 531 de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19."*

c) En la Resolución No. 5804 de 24 de abril de 2020[27], se prorrogó tal suspensión, así:

> *"ARTÍCULO PRIMERO.- Prorrogar lo dispuesto en las Resoluciones 4970 de 24 de marzo y 5265 de 13 de abril de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 11 de mayo de 2020."*

d) En la parte considerativa de la Resolución No. 5936 de 8 de mayo de 2020, se lee:

> *"Que mediante el Decreto 491 de 28 de marzo de 2020, el Gobierno Nacional adoptó medidas transitorias con el fin de garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas, e igualmente adoptó medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, entre las cuales se encuentra la prevista en el artículo 14 que dispone lo siguiente: "Aplazamiento de los procesos de selección en curso. Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, para garantizar la participación en los concursos sin discriminación de ninguna índole, evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento social, se aplazarán los procesos de selección que actualmente se estén adelantando para proveer empleos de carrera del régimen general, especial constitucional o específico, que se encuentren en la etapa de reclutamiento o de aplicación de pruebas. Las autoridades competentes deberán reanudar dichos procesos una vez se supere la Emergencia Sanitaria." (Subrayado fuera de texto)*
>
> *Que mediante Resolución No. 4970 de 2020, la Comisión Nacional del Servicio Civil dio cumplimiento al Decreto 417 de 17 de marzo de 2020 y suspendió los términos en las actividades misionales de la entidad y se dictó otras disposiciones, la cual fue prorrogada a través de las Resoluciones Nos. 5265 y 5804 de 13 y 24 de abril de 2020 respectivamente, y se dictaron otras disposiciones.*
>
> *Que de igual manera, se debe garantizar la atención a los administrados y el cumplimiento efectivo de las funciones administrativas, mediante el uso de medios tecnológicos y de telecomunicación sin afectar los servicios que sean estrictamente necesarios para prevenir, mitigar y atender la Emergencia Sanitaria por causa del CONVID 19, y garanticen el funcionamiento de los servicios indispensables del Estado.*
>
> *Que bajo el anterior panorama, la Comisión Nacional del Servicio Civil viene adoptando medidas transitorias que garanticen el cumplimiento de las medidas decretadas por el Gobierno Nacional, con el fin de no afectar el derecho de defensa y por ende el debido proceso de los usuarios e interesados en su actividad misional. Con ocasión de la decisión del Gobierno Nacional, de extender el confinamiento, la CNSC revisó los procedimientos y actuaciones*

---

27 *file:///C:/Users/user/Downloads/Resolucion%20No.%205804%20Prorroga%20Resol.%204970%20(1).pdf*

> *con el objeto de ajustar sus procesos al nuevo escenario y con el uso de las tecnologías que ha puesto al servicio de los ciudadanos, por lo cual se hace necesario realizar los ajustes pertinentes.*
>
> *Que la CNSC viene adelantando las funciones que le son propias, dado que cuenta con los recursos tecnológicos, para no detener aquellas actividades inherentes al normal funcionamiento de la entidad, pues se organizó para que los servidores públicos y contratistas puedan desempeñar sus funciones a través del trabajo remoto y por tanto se cuenta con las condiciones técnicas para seguir funcionando sin que sea necesaria la asistencia presencial en las instalaciones de la Entidad.*
>
> *Que en los términos del artículo 14 del Decreto 491 de 2020, en concordancia con lo dispuesto en la Resolución No. 385 de 2020 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, se prorrogará la suspensión de términos prevista en la Resolución 5804 del 24 de abril de 2020, en lo que refiere a las etapas de reclutamiento o de aplicación de pruebas en los procesos de selección que actualmente adelanta la Comisión, al tiempo que se derogarán las Resoluciones Nos. 4970 y 5265 de 2020." -Subraya fuera del texto-.*

En consecuencia, la CNSC resolvió:

> *"ARTÍCULO PRIMERO.- Prorrogar hasta el 30 de mayo de 2020, el término de aplazamiento de las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas en los procesos de selección que adelanta la CNSC, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.*
>
> *ARTICULO SEGUNDO.- Reanudar a partir del 11 de mayo de 2020, los demás trámites administrativos y de vigilancia de la carrera administrativa de competencia de la CNSC." -Subraya fuera del texto-.*

20. Así las cosas, contrario a lo afirmado por la CNSC y el ICBF, ***todos los procedimientos misionales de la CNSC estuvieron suspendidos entre el 24 de marzo y el 11 de mayo de 2020,*** *y se interrumpió durante este lapso* ***todos los términos de caducidad y prescripción****,* ***entre ellos los relacionados con la vigencia de la lista de elegibles****, en tanto, así expresamente fue previsto en las resoluciones en cita, y solo hasta con la Resolución No. 5936 de 2020, fueron reanudados, con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 491 de 2020, por ello, esta Sala comparte lo concluido por el Juzgado de primera instancia en cuanto a que la lista de elegibles de la OPEC 38665 de la Convocatoria 433 2016 ICBF que vencía el 30 de julio de 2020, se prorrogó su vigencia hasta el 17 de septiembre de 2020*[28]*, y descarta los argumentos esgrimidos por las accionadas, y de hecho, reprocha que éstas hicieran uso de los mismos, para discutir la decisión de primera instancia, desconociendo el alcance de actos administrativos particulares y concretos producidos*

[28] *"Se tiene entonces que, al momento de la suspensión, de los 2 años de vigencia de la lista de elegibles que integran las demandantes, había transcurrido 1 año, 7 meses y 23 días, restándole 4 meses y 7 días, término que se reanudó a partir del 11 de mayo de 2020 y que culmina el 18 de septiembre siguiente, es decir que contrario a lo aducido por las entidades accionadas, la lista de elegibles CNSC-20182230072925 de 17 de julio de 2018, se encuentra aún vigente."*

por la misma CNSC, actitud que resulta hasta desleal con la parte actora y con el juez de tutela.

21. Como la acción de tutela fue promovida el 27 de agosto de 2020 (Archivo 1), no cabe duda que los accionantes instauraron la misma cuando se encontraba vigente la lista de elegibles y por ello, les asiste la expectativa legitima que la misma sea utilizada por la CNSC y el ICBF, para cubrir vacantes de cargos o empleos equivalentes al que aspiraron en esa Convocatoria, en tanto, ***se ubican en primer y tercer lugar luego de la recomposición de la lista de elegibles****, luego que fuera autorizado cubrir la vacante que se presentó tras la renuncia de uno de las 12 personas que se posesionaron en el empleo respectivo, la cual se cubrirá con la persona que ostenta el lugar 13 de la lista en caso que ésta acepte el nombramiento que realice el ICBF.*

22. Ahora aun si se le diera la razón a las entidades accionadas sobre la vigencia de la lista de elegibles hasta el el 31 de julio de 2020, no pude perderse de vista que la accionante Martha Beatriz presentó derecho de petición, de cuya lectura integral se concluye que está solicitando la aplicación del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, entonces, dicha reclamación fue presentada antes del vencimiento de la lista de elegibles de la OPEC 38665 de la Convocatoria 433 de 2016 ICBF, así esta circunstancia sumado a lo considerado en los párrafos presentes, resulta suficiente para descartar ese cargo de apelación.

23. Acotado lo anterior, se concluye que la CNSC y el ICBF, vulneraron los derechos al debido proceso y al acceso de cargos públicos de los accionantes, en esa medida la decisión del a quo, que dispuso la protección de esos derechos fundamentales será confirmada, y se procederá al análisis de los demás cuestionamientos que surgen precisamente de tener como premisa tal protección, dado que se refiere al alcance de la protección y de las órdenes emitidas por el a quo.

IV.4. Al disponer que sea utilizado la lista de elegibles de la OPEC 38665 de la Convocatoria 433 de 2016 ICBF para cubrir vacantes de cargos equivalentes en aplicación del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019 vulnera el derecho a acceder a cargos públicos de otras personas que aplicaron a otras OPEC.

24. En relación con este punto, observa la Sala que conforme a lo informado por las accionadas en sus intervenciones, existen a nivel nacional diversos cargos equivalentes al de profesional especializado código 2028 grado perfil nutrición y dietética, de hecho comparten la denominación, cargo, perfil y código, pero no la ubicación geográfica, resaltándose que la OPEC a la que se postularon los accionantes era para la regional Bogotá, siendo el factor ubicación geográfica el que

cuestionan las entidades, señalando que ese factor influyó para que los ciudadanos decidieran inscribirse o no en determinada OPEC de las que integraban la Convocatoria 433 de 2016 ICBF, además que ello influyó en el proceso de selección, afirmación está última que no fue soportada con argumentos técnicos sino se limitaron a expresarla en los escritos de impugnación y de contestación de la demanda de tutela.

25. Para desatar este cargo, la Sala debe señalar que la orden emitida por el a quo[29] no tiene el alcance que refieren los recurrentes, pues, se limita a indicar que el ICBF debe informar a la CNSC qué cargos equivalentes se encuentran vacantes, para que ésta a su vez proceda a autorizar que sea utilizada la lista de elegibles de la OPEC 38665 de la Convocatoria 433 de 2016 ICBF contenida en la Resolución CNSC 20182230072925 de 17 de julio de 2018, es decir, que corresponde al ICBF, verificar entre las convocatorias declaradas desiertas, los cargos que no se convocaron a concurso existen cargos equivalentes al de profesional especializado código 2028 grado 17 perfil nutrición y dietética, que no se encuentre asignados a personal en carrera, valga decir, que se hallen vacantes, en provisionalidad o en encargo, que puedan ser provistos con la lista ello, en virtud de lo considerado por la jurisprudencia constitucional sobre la prevalencia del mérito en la carrera administrativa.

26. Esas actuaciones, suponen como lo refiere el ICBF, que se haya realizado un ejercicio administrativo para determinar esa situación, y que ha permitido a la entidad informar al proceso la existencia de una serie de cargos equivalentes al que se postularon los accionantes.

27. Información que se obtuvo luego que el ICBF adelantara una serie de actuaciones tendientes a poner en práctica lo señalado por la CNSC en los criterios de unificación que ha emitido sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019 frente a lista de elegibles en firme con anterioridad de la entrada en vigencia, estudio con el cual el ICBF, informó lo siguiente:

---

[29] *"(...) -Dentro del mismo término, solicitará a la* ***Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC,*** *proceda a autorizar el uso de la lista de elegibles CNSC-20182230072925 de 17 de julio de 2018, para efectuar el nombramiento en periodo de prueba a las accionantes y demás integrantes de dicha lista, en alguno de los cargos vacantes equivalentes, entidad que contará con el término de doce (12) horas para pronunciarse."*

(viii) pese a encontrarse empleos vacantes con esa denominación y perfil, se advirtió que estos se encuentran ubicados en **otras Regionales** y por lo tanto, **tienen su propia lista de elegibles**, es decir, están conformadas por otros participantes en el concurso de méritos que desde el inicio de la Convocatoria se postularon para esas ubicaciones geográficas en específico, y por lo tanto, no le es factible al juez de tutela desconocer los derechos de esos elegibles, tal y como se observa:

OPEC NUEVA EN SIMO	PLANTA REGIONAL ICBF	MUNICIPIO	DEPENDENCIA PLANTA ICBF	CARGO	COGIDO	GRADO	PROFESION	ESTADO EMPLEO
S123776	CORDOBA	MONTELIBANO	C.Z. MONTELIBANO	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	NUTRICION Y DIETETICA	VACANTE
S123770	CESAR	CHIRIGUANA	C.Z. CHIRIGUANA	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	NUTRICION Y DIETETICA	ENCARGO
S123783	META	VILLAVICENCIO	C.Z. VILLAVICENCIO 1	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	NUTRICION Y DIETETICA	ENCARGO
S123775	CALDAS	MANIZALES	C.Z. MANIZALES 1	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	NUTRICION Y DIETETICA	VACANTE
S123774	LA GUAJIRA	MAICAO	C.Z. MAICAO	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	NUTRICION Y DIETETICA	PROVISIONAL
S123772	CUNDINAMARCA	FACATATIVA	C.Z. FACATATIVA	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	NUTRICION Y DIETETICA	VACANTE
S123768	ANTIOQUIA	CAUCASIA	C.Z. BAJO CAUCA	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	NUTRICION Y DIETETICA	ENCARGO
S123782	ARAUCA	TAME	C.Z. TAME	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	NUTRICION Y DIETETICA	PROVISIONAL
S123773	GUAINIA	INIRIDA	C.Z. INIRIDA	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	NUTRICION Y DIETETICA	PROVISIONAL
S123775	CALDAS	MANIZALES	C.Z. MANIZALES 2	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	NUTRICION Y DIETETICA	PROVISIONAL
S123780	CALDAS	SALAMINA	C.Z. NORTE	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	NUTRICION Y DIETETICA	PROVISIONAL
S123774	LA GUAJIRA	MAICAO	C.Z. MAICAO	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	NUTRICION Y DIETETICA	ENCARGO
S123764	VALLE	BUENAVENTURA	C.Z. BUENAVENTURA	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	NUTRICION Y DIETETICA	ENCARGO
S115223	VALLE	CALI	C.Z. LADERA	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	NUTRICION Y DIETETICA	PROVISIONAL
S123767	CUNDINAMARCA	CAQUEZA	C.Z. CAQUEZA	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	NUTRICION Y DIETETICA	ENCARGO

(...)" (Pág. 3 Archivo 32).

28. Adicional a lo anterior, no pierde de vista la Sala que el ICBF, deberá seguir los parámetros señalados por la CNSC en criterio unificador de 22 de septiembre de 2020 al que se hizo alusión a párrafo 11 de la parte considerativa de esta providencia, para establecer la existencia de cargos vacantes equivalentes al ofertado en la OPEC 38665 de la Convocatoria 433 de 2016 -profesional especializado código 2028 grado 17 perfil nutrición y dietética- a fin de dar cumplimiento a esta providencia que confirma lo señalado por el a quo en la orden 2ª del artículo 4º de la sentencia impugnada, y por su parte la CNSC, deberá adelantar la autorización respectiva.

29. En ese mismo sentido, este Tribunal resalta lo concluido por el a quo, quien expresamente señaló el alcance de la protección dispensada en el numeral 1º de la sentencia de 11 de septiembre de 2020, en los siguientes términos: "(...) verifique en su planta global los empleos en vacancia definitiva y equivalentes al cargo de profesional especializado, código 2028, grado 17, con perfil de nutrición y dietética, al que se postularon las accionantes, en los precisos términos del artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, respecto de los cuales no exista lista de elegibles vigente o se haya agotado." (Pág. 29 Archivo 29), lo cual quiere decir, que resulta inadmisible siquiera lo planteado por el ICBF, al respecto, pues la orden es clara y limita su alcance a la inexistencia de lista de

elegibles o en la cual se haya agotado la existente, entonces, no resulta de recibo el argumento de apelación.

30. Ahora, al respecto vale la pena traer en cita lo considerado sobre ese tópico por la Corte Constitucional en sentencia C-183 de 2019 (M.P. Doctor Luis Guillermo Guerrero Pérez), en la cual se destaca lo siguiente:

> ***"4.5. La CNSC y sus competencias constitucionales. Reiteración de jurisprudencia***
>
> ***4.5.1. La CNSC como órgano constitucional independiente. Reiteración de jurisprudencia***
>
> *Dentro del régimen constitucional de la carrera, reconocida como eje definitorio de la Constitución (premisa mayor en el juicio de sustitución hecho en las Sentencias C-588 de 2009 y C-249 de 2012), se encuentra, como no puede ser de otra manera, la existencia de un órgano constitucional responsable de hacer efectivo dicho régimen, por medio de unas competencias constitucionales. En el diseño orgánico de la Constitución, dicho órgano constitucional es la CNSC, a quien se le confía, en el artículo 130, "la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hechas de las que tengan carácter especial".*
>
> *A partir de la existencia del órgano y de sus competencias, comprendidas dentro de la estructura del Estado (art. 113 CP), este tribunal destacó, como ya se pudo ver[30], que la CNSC es un órgano autónomo e independiente, que no pertenece a ninguna rama del poder público. La preservación de esta autonomía e independencia constitucional de la CNSC, que se destaca de manera especial frente a la Rama Ejecutiva, justificó que en el decisum de la Sentencia C-372 de 1999[31] se hubiese dispuesto que el Congreso de la República "señalará la estructura de la Comisión Nacional del Servicio Civil, como órgano autónomo e independiente, responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial".*
>
> ***4.5.2. Las competencias constitucionales de la CNSC. Reiteración de jurisprudencia***
>
> *Conforme a la doctrina fijada por este tribunal en la Sentencia C-1230 de 2005 y, desde esa fecha, seguida de manera pacífica y reiterada, las competencias constitucionales reconocidas por el artículo 130 de la Constitución tienen tres características: 1) son exclusivas de la CNSC, que es el único órgano facultado por la Carta para administrar y vigilar las carreras que no tengan carácter especial; 2) la única excepción a estas competencias es, justamente, la de las carreras especiales; y 3) estas competencias no se pueden dividir ni compartir para su ejercicio[32].*
>
> *En consecuencia, el único límite que tiene para administrar o vigilar una carrera la CNSC es el de que esta tenga carácter especial. Como ya se anotó, al estudiar la Sentencia C-645 de 2017[33], este tribunal entiende por carreras*

[30] *Supra 4.4.2.*
[31] *Ordinal quinto.*
[32] *Fundamentos jurídicos 65 a 68.*
[33] *Supra 4.2.1.*

especiales, aquellas que tienen origen constitucional. Por tanto, dentro de las competencias de la CNSC están tanto la carrera general, a cuya regulación pertenece la norma que ahora se examina, como las carreras específicas, que tienen origen legal.

(…)

4.5.4. El ejercicio de la competencia de la CNSC para administrar la carrera y su concurrencia con el ejercicio de otras competencias constitucionales. Reiteración de jurisprudencia

4.5.4.1. Este tribunal, en la Sentencia C-645 de 2017, puso de presente que en torno al concurso y, por tanto, a su convocatoria, convergen diversas funciones y órganos[34]. En efecto, además de la función de administrar la carrera, dentro de la cual se inscribe la tarea de elaborar la convocatoria al concurso, que es propia y exclusiva de la CNSC, existen otras funciones relevantes, como las propias de su planeación y financiación, que corresponden a otros órganos.

***Estas funciones no implican determinar los cargos a proveer, ni la estimación de los eventuales costos y su financiación, ni formular la política pública al respecto, tareas que implican el desarrollo de otras funciones, las cuales la ley en comento ha asignado a otros órganos y dependencias**. En una visión funcional ascendente, que vaya de abajo hacia arriba, el análisis debe empezar por las unidades de personal, en adelante UPE, en tanto dependencia de cada entidad pública.*

A las UPE, en tanto son "la estructura básica de la gestión de los recursos humanos en la administración pública"[35], según lo previsto en el artículo 15.2, en lo relevante, les corresponde cumplir las siguientes funciones:

"a) Elaborar los planes estratégicos de recursos humanos;

b) Elaborar el plan anual de vacantes y remitirlo al Departamento Administrativo de la Función Pública, información que será utilizada para la planeación del recurso humano y la formulación de políticas;

c) Elaborar los proyectos de plantas de personal, así como los manuales de funciones y requisitos, de conformidad con las normas vigentes, para lo cual podrán contar con la asesoría del Departamento Administrativo de la Función Pública, universidades públicas o privadas, o de firmas especializadas o profesionales en administración pública;

d) Determinar los perfiles de los empleos que deberán ser provistos mediante proceso de selección por méritos;"

Estas funciones de las UPE se concretan y especifican, en lo que atañe a los planes y plantas de empleos, en el artículo 17 de la ley, en los siguientes términos:

*"1. **Todas las unidades de personal o quienes hagan sus veces de los organismos o entidades a las cuales se les aplica la presente ley, deberán elaborar y actualizar anualmente planes de previsión de recursos humanos que tengan el siguiente alcance**:*

---

[34] Fundamentos jurídicos 72 a 76.
[35] Así las define el numeral 1 del artículo 15 de la Ley 909 de 2004.

> *a) Cálculo de los empleos necesarios, de acuerdo con los requisitos y perfiles profesionales establecidos en los manuales específicos de funciones, con el fin de atender a las necesidades presentes y futuras derivadas del ejercicio de sus competencias;*
>
> *b) Identificación de las formas de cubrir las necesidades cuantitativas y cualitativas de personal para el período anual, considerando las medidas de ingreso, ascenso, capacitación y formación;*
>
> *c) Estimación de todos los costos de personal derivados de las medidas anteriores y el aseguramiento de su financiación con el presupuesto asignado.*
>
> *2.* ***Todas las entidades y organismos a quienes se les aplica la presente ley, deberán mantener actualizadas las plantas globales de empleo necesarias para el cumplimiento eficiente de las funciones a su cargo, para lo cual tendrán en cuenta las medidas de racionalización del gasto****. El Departamento Administrativo de la Función Pública podrá solicitar la información que requiera al respecto para la formulación de las políticas sobre la administración del recurso humano."*
>
> *(...)*
>
> *4.5.4.2. A partir de la comprensión del diseño funcional, se puede establecer que, al haber* ***una convergencia de diversas funciones y de órganos, en este caso, si bien las funciones de la CNSC, el DAFP y las UPE son separadas, dichos órganos deben colaborar armónicamente para la realización de sus fines, conforme a lo establecido en el inciso tercero del artículo 113 de la Constitución****.*
>
> ***El que la CNSC sea un órgano constitucional autónomo e independiente, no excluye, como se ve el deber de colaboración armónica con otros órganos, que tienen funciones diferentes, para realizar los principios propios del régimen constitucional de la carrera administrativa***[36]*. Además de esta colaboración, debe destacarse que, conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 209 de la Carta, estos órganos, al ejercer funciones administrativas, deberán "coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado".*
>
> *La aplicación del artículo 209 de la Constitución en este caso no debe generar ninguna sorpresa, pues este tribunal ya dejó sentado en la Sentencia C-471 de 2013,* ***que la función de administrar la carrera, que es propia y exclusiva de la CNSC, es una función administrativa y, por tanto, su ejercicio está regulado por dicho artículo***[37]*. -Subraya y negrilla fuera del texto-.*

31. Conforme a lo descrito en ese precedente constitucional, la orden emitida por el Juzgado Décimo no desconoce las funciones que desarrolla el órgano autónomo y especial de la CNSC, al indicarle que una vez el ICBF provea la información respectiva, ésta, como administradora del sistema de carrera de servidores públicos, proceda a emitir la respectiva autorización para que el ICBF utilice la lista de elegibles de la OPEC 38665 de la Convocatoria 433 de 2016 conformada en la Resolución No. CNSC

---

[36] *Supra 4.5.1.*
[37] *Fundamento jurídico 4.2.4.*

20182230072925 de 17 de julio de 2020, y cualquier duda sobre el particular, fue disipada con el auto de 17 de septiembre de 2020, por medio del cual el Juzgado de primera instancia aclaró las acciones que deben desarrollar cada una de las accionadas, según sus competencias concurrentes y complementarias, en el esquema que rige para el sistema de carrera administrativa.

IV.5. De alcance de la protección dispensada en la sentencia de 11 de septiembre de 2020 y de los efectos inter comunis.

32. En relación con el primer aspecto, la Sala señalará que la protección que se dispuso en la sentencia que se confirma no es otra que la de hacer extensible la previsión del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, a la expectativa legitima de los accionantes en el sentido que sea aplicada la lista de elegibles contenida en Resolución No. CNSC 20182230072925 de 17 de julio de 2020 conformada luego de la realización del concurso de méritos correspondiente a la Convocatoria 433 de 2016 ICBF en la cual se realizó la OPEC 38665 para proveer 12 vacantes de profesional especializado código 2028 grado 17 perfil nutrición y dietética, es decir que se provean los cargos equivalentes a éste con dicha lista.

33. Ahora, como se puede establecer en la Resolución No. CNSC 20182230072925 d e17 de julio de 2018, contiene una lista de elegibles con 29 personas (Pág. 38 archivo 3) de las cuales los 12 primeros lugares ya hicieron uso de su derecho al aceptar el nombramiento y posesionarse en el cargo respectivo, y conforme lo informó el ICBF y la CNSC al haber superado el periodo de prueba, gozan de derechos de carrera, de estos 12 elegibles, una persona renunció durante la vigencia de la lista de elegibles, situación que fue informada por el ICBF a la CNSC para que autorizará el uso de la lista bajo el criterio de mismo empleo, la cual fue extendida a favor de quien ocupó la plaza 13; así las cosas, a más de los accionantes que ocupan las plazas 14 y 16 ahora 1ª y 3ª luego de la recomposición automática de la lista, respectivamente, quedan en dicha lista otras 14 personas que estarían en idénticas condiciones que los accionantes, es decir a la espera de un nombramiento con el uso de esa lista en caso de existir una vacante de empleo equivalente en los términos de la Ley 1960 de 2019 en concordancia con el Decreto 1083 de 2015, aspecto suficientemente analizado.

34. Así las cosas, la aplicación de los efectos de este fallo a esas 14 personas a más de ampliar el espectro de protección, garantiza otros principios como la igualdad, la justicia material y el mérito que hacen parte integrante de nuestro sistema Constitucional, así las cosas, comparte la Sala la determinación de extender los efectos de la sentencia a dichas personas, sin embargo, en aras de la técnica

constitucional debe analizar si el efecto inter comunis era el procedente, para el efecto o debió aplicarse otro diferente, para ello la Sala analizará lo señalado sobre los efectos de las sentencias de tutela, tema tratado en la Sentencia T-583 de 2006 (M.P. Doctor Marco Gerardo Monroy Cabra) de la siguiente manera:

> *"(...) aunque la regla general es el comentado efecto inter partes de las decisiones de tutela, en ocasiones la Corte también ha proferido sentencias en las cuales los efectos de las órdenes impartidas tenían un alcance mayor al meramente inter partes.[38] Además, en otras oportunidades ha aceptado el efecto inter comunis de sus decisiones[39]. Finalmente, en algunos eventos ha determinado los efectos de sus providencias cuando aplica la excepción de inconstitucionalidad, y ha decidido que estos pueden extenderse respecto de todos los casos semejantes, es decir inter pares, cuando se presentasen de manera concurrente una serie de condiciones.[40]*
>
> *De cualquier manera, como puede verse, nunca los efectos de la decisión de tutela son erga omnes; en todos los casos, aun en aquellos en que la decisión de tutela rebasa los efectos estrictamente inter partes del proceso, éste se traba entre una persona o personas que denuncian la vulneración de sus derechos fundamentales, y otra u otras a quien o quienes se imputa dicha violación. Por ello el examen del juez de tutela no puede prescindir del estudio relativo a si la acción o la omisión de la persona o personas concretamente demandadas conduce a la violación de derechos fundamentales del o los demandantes. Es decir, los efectos de la decisión primeramente se producen siempre entre las partes del proceso, sin perjuicio de que, en eventos especialísimos, como los que se acaban de comentar, puedan extenderse a terceras personas en virtud de las figuras de efectos inter pares o inter comunis. Nunca, se repite, tales efectos son erga omnes. -Subraya la Sala-.*

35. En relación con los efectos inter pares, la Corte Constitucional en auto A-071 de 2001 (M:P. Manuel José Cepeda Espinosa), sostuvo lo siguiente:

> *"Determinar que cuando concurran las condiciones anteriormente enunciadas la **excepción de inconstitucionalidad aplicada por esta Corporación** tiene efectos inter pares, es decir, entre todos los casos semejantes, logra conciliar todas las normas constitucionales en juego. (...) No obstante, en todos los casos en los cuales deba decidirse una acción de tutela, los jueces quedan cobijados por los efectos inter pares de esta*

---

[38] Por ejemplo, la ha ordenado la adopción de programas, planes o políticas llamadas a beneficiar a personas diferentes a los accionantes y declarado estados de cosas inconstitucionales, lo cual conlleva órdenes que rebasan las partes en el caso concreto.
[39] En la sentencia SU-1023 de 2001, M.P Jaime Córdoba Triviño, sostuvo que "Existen circunstancias especialísimas en las cuales la acción de tutela no se limita a ser un mecanismo judicial subsidiario para evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales solamente de los accionantes. Este supuesto se presenta cuando la protección de derechos fundamentales de los peticionarios atente contra derechos fundamentales de los no tutelantes. Como la tutela no puede contrariar su naturaleza y razón de ser y transformarse en mecanismo de vulneración de derechos fundamentales, dispone también de la fuerza vinculante suficiente para proteger derechos igualmente fundamentales de quienes no han acudido directamente a este medio judicial, siempre que frente al accionado se encuentren en condiciones comunes a las de quienes sí hicieron uso de ella y cuando la orden de protección dada por el juez de tutela repercuta, de manera directa e inmediata, en la vulneración de derechos fundamentales de aquellos no tutelantes." (Caso Flota Mercante Grancolombiana)
[40] Al respecto puede verse el auto 071 de 2001, M.P Manuel José Cepeda Espinosa. (Caso inaplicación del Decreto 1382 de 2000)

> *providencia, lo cual asegura que el principio de supremacía constitucional sea efectivamente respetado y que los derechos fundamentales que requieren por mandato de la Carta "protección inmediata" (artículo 86 de la C. P.), no se pierdan en los laberintos de los conflictos de competencia que impiden que se administre pronta y cumplida justicia en desmedro de los derechos inalienables de la persona (artículo 5 de la C.P.). Los efectos inter pares también aseguran que, ante la evidencia del profundo, grave, generalizado y recurrente perjuicio que para el goce de los derechos fundamentales ha tenido la aplicación de normas administrativas contrarias a la Constitución, la Corte Constitucional como órgano del Estado al cual se le ha confiado la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, cumpla su misión de asegurar la efectividad de los derechos y principios constitucionales, como lo ordena el artículo 2 de la Carta a todas las autoridades del Estado.*
>
> *Al igual que esta Corporación, los demás jueces que integran la jurisdicción constitucional están llamados por el artículo 2 citado a asegurar que las personas puedan gozar efectivamente de sus derechos fundamentales y que la Constitución sea aplicada de manera preferente a una norma de jerarquía inferior contraria a ella en razón al principio de supremacía constitucional, pilar de la coherencia del ordenamiento jurídico. (...)" -Subraya fuera del texto-.*

36. Conforme a lo anterior, pese a que se está inaplicando un criterio de unificación de la CNSC, esta determinación que concreta la figura de excepción de inconstitucional a un caso específico, no se rige por una decisión del Tribunal Supremo en lo Constitucional, en esa medida, el efecto inter comunis, que se dispuso en la sentencia de 11 de septiembre de 2020 por el Juzgado Décimo, es el acertado, en consecuencia se mantendrá tal determinación, es decir que lo ordenado en la providencia que se confirma en esta oportunidad, también debe aplicarse frente a las otras 14 personas que integraron la lista de elegibles en estricto orden de mérito.

37. Así las cosas, la Sala descarta todos los argumentos de apelación y confirmará en su totalidad la sentencia proferida el 11 de septiembre de 2020 por el Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja.

IV.7. Cuestión Final – Del incumplimiento del término para dar respuesta a un derecho de petición y su sanción.

38. Revisada la Ley 1755 de 2015, ante el incumplimiento del término para dar respuesta a derecho de petición, debe dársele traslado a la Oficina de Control Interno del ICBF o quien haga sus veces, para que adelante las indagaciones pertinentes sobre la materia, en tanto dicha norma establece que el incumplimiento en el término de respuesta de las peticiones constituye una falla disciplinaria, a saber, sobre el particular, preceptuó la norma:

> *"**Artículo 31. Falta disciplinaria.** La falta de atención a las peticiones y a los términos para resolver, la contravención a las prohibiciones y el desconocimiento de los derechos de las personas de que trata esta Parte Primera del Código, constituirán falta para el servidor público y darán lugar a las sanciones correspondientes de acuerdo con el régimen disciplinario." -Subraya fuera del texto-.*

39. En este punto resulta importante, resaltar que el término para contestar los derechos de petición en virtud de la Emergencia por la pandemia del COVID-19 se amplió, tal como lo señala el artículo 5º del Decreto 491 de 2020, a saber, esa norma prevé:

> ***"ARTÍCULO 5. Ampliación de términos para atender las peticiones.** Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:*
> *Salvo norma especial toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.*
>
> *Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:*
>
> *(i) Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los veinte (20) días siguientes a su recepción.*
>
> *(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción.*
>
> *Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en el presente artículo expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto en este artículo.*
> *En los demás aspectos se aplicará lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011.*
> ***PARÁGRAFO.** La presente disposición no aplica a las peticiones relativas a la efectividad de otros derechos fundamentales. -Subraya fuera del original-.*

*40. Lo anterior llevaría, en principio, a que el plazo para resolver la petición del actor, se amplió, sin embargo, no se pierde de vista el parágrafo del artículo acabado de trascribir que **exceptúa de dicha ampliación, las peticiones que involucren la efectividad de otros derechos fundamentales.** Como la petición que formuló la señora Martha Beatriz Vásquez Ladino, lleva inmerso la efectividad de otros derechos fundamentales como el debido proceso y el acceso a cargos públicos, el término que debió observar el ICBF, era el de 15 días acuñado en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 sustituido por la Ley 1755 de 2015.*

41. Entonces, el ICBF contaba con 15 días para resolver la petición formulada por la accionante (Págs. 18-29 Archivo 3) sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019 a su caso y la procedencia de su nombramiento conforme a lo dispuesto en el artículo 6º

de la misma en caso de existir empleos equivalentes en la planta de personal de ese Instituto. teniendo en cuenta lo señalado por el a quo "(...) el escrito de respuesta fue expedido el 8 de julio de 2020 y notificado a la accionante Vásquez Ladino solo hasta el 26 de agosto de 2020, (...)" (Pág. 29 Archivo 29).

42. Así las cosas, se evidencia el ostensible incumplimiento de los términos para dar respuesta a los derechos de petición, por parte del ICBF, en esa medida se dará traslado de esta providencia y de la demanda de tutela y sus anexos a la oficina de Control Interno del ICBF o quien haga sus veces, para que inicie investigación disciplinaria en contra de John Fernando Guzmán Uparela Director de Gestión Humana del ICBF, que de acuerdo con el oficio 20201210000179401 de 08 de julio de 2020, era el responsable de contestar el derecho de petición formulado por la accionante el 18 de junio de 2020, el cual debía ser contestado y notificado hasta el 13 de julio de 2020 (Ley 1437 de 2011) o máximo hasta el 4 de agosto de 2020 (Decreto 491 de 2020), sin embargo, solo se efectúo la notificación del mismo hasta el 26 de agosto del año en curso, desconociéndose el núcleo esencial del derecho de petición y amenazando otras garantías constitucionales como ya se analizó.

43. En virtud de lo anterior, la Sala adicionará el fallo de 11 de septiembre de 2020, proferido en la acción de tutela de la referencia en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. *Confirmar la sentencia de 11 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado Décimo Administrativo de Tunja dentro de la acción de tutela promovida por Martha Beatriz Vásquez Ladino y Eddy Peñaranda Pedraza contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familia y la Comisión Nacional de Servicio Civil, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

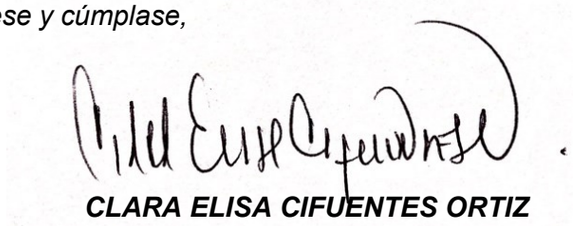
Segundo. *Adicionar la sentencia de 11 de septiembre de 2020, para ordenar a la Oficina de Control Interno del ICBF que dentro del término de un (1) mes adelante las indagaciones disciplinarias respectivas en contra del Director de Gestión Humana de esa Entidad John Fernando Guzmán Uparela en relación con el incumplimiento de los términos previstos en la Ley 1755 de 2015, para contestar el derecho de petición formulado por la señora Martha Beatriz Vásquez Ladino radicado el 18 de junio de*

2020. Para el efecto por secretaria remitir copia de las sentencias de primera y segunda instancia y la petición formulada por la accionante (Págs. 18-29 Archivo 3)

Tercero. *Notificar a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 o por cualquier medio tecnológico idóneo a disposición de la secretaría de esta Corporación.*

Cuarto. *En firme la providencia, enviar a la Corte Constitucional, para su eventual revisión conforme al mandato del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, las piezas procesales pertinentes.*

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha. Notifíquese y cúmplase,



CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS

Accionante: Martha Beatriz Vásquez Ladino – Eddy Peñaranda Pedraza
Accionados: Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC y otros.
Expediente: 15001-33-33-010-2020-00106-01
Acción: Tutela

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
Mag. Ponente. SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR
Bucaramanga, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

Expediente No.	**680013333007-2020-00144-01**
Accionante:	**DIANA MILENA MEJÌA CABEZA,** con cédula de ciudadanía No. 63.498.237 **Correo electrónico:** dmmejiac@misena.edu.co
Accionados:	**SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA** **Correo electrónico:** secretariageneral@sena.edu.co **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC** **Correo electrónico:** notificacionesjudiciales@cnsc.gov.co
Vinculados:	**DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA – DAFP** Correoelectrónico: notificacionesjudiciales@funcionpublica.gov.co **EUMELIA AGUILAR VARGAS** **Correo electrónico:** esperanzabdf@yahoo.es
Acción:	**Tutela**
Tema:	1. Procedencia de la acción de tutela cuando se endilga la vulneración del derecho al mérito, debido proceso, acceso al empleo público tras concurso de mérito, “aun cuando existan otros medios de defensa ordinarios para debatir el asunto, pues la violación de este derecho fundamental delimita la frontera entre el ejercicio de una potestad legal y una actuación arbitraria y caprichosa”. (Corte Constitucional, sentencia T- 340 de 2020) / 2. Uso de listas de elegibles anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, para proveer vacancias definitivas que se estructuran en la actualidad. Efectos del criterio unificado del 16 de enero de 2020 de la CNSC. / 3. Análisis de las pruebas acreditan la existencia de una vacante provisional con eje temático coincidente al mismo nivel (Instructor), categoría y grado al que fue reportado en la precitada OPEC 60069 para el cual la accionante concursó, circunstancia que permite concluir que como dicha vacante alcanzaría a ser provista con ella dado que ocupa el primer lugar en la lista de elegibles, atendiendo al principio de mérito le dan derecho al acceso a la función pública – SENA -, de acuerdo con el estudio técnico de equivalencia que deba efectuar las entidades.

Decide la Sala **la impugnación** interpuesta por la accionante, Diana Milena Mejía Cabeza, contra la sentencia del seis (06) de octubre de dos mil veinte (2020), proferida por el señor juez Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga, Santander, allegada al despacho a cargo de la suscrita Magistrada Ponente el 27.10.2020, previa la siguiente reseña:

I. LA DEMANDA
Pretensiones y hechos

En síntesis, la accionante, pretende el amparo de los derechos fundamentales **al mérito, debido proceso, acceso al empleo público tras concurso de mérito, igualdad y trabajo** (convocatoria 436 de 2017 SENA) y para tal efecto, solicita se ordene:

Al Sena:

i) efectuar su nombramiento en periodo de prueba en el cargo Instructor, código 3010 G1, de quienes siguen en turno en la lista de elegibles de la OPEC 60069, conformada mediante Resolución N° CNSC 20182120190725 del 24 de Diciembre de 2018, en la vacante no convocada IDP 7351 y en aquellas que se generen durante la vigencia de la lista;

ii) dejar sin efecto el cambio de perfil efectuado al cargo no convocado que se identifica con la IDP 7351 de Instructor, código 3010 del SENA – Regional Santander; y,

iii) se abstenga de modificar los perfiles de los cargos no convocados, manteniendo el empleo de conformidad con el manual específico de funciones, naturaleza de perfil, denominación, cargo, grado, al momento de generarse la vacancia definitiva.

A la CNSC:

i) Expedir el acto administrativo, en el que se ordene a todos los nominadores de las entidades abstenerse de modificar perfiles de los empleos que no son convocados a concurso de méritos o que surjan con posterioridad a las convocatorias en vigencia de las listas de elegibles.

Como fundamento de sus pretensiones, se afirma en síntesis en el escrito de tutela:

1. La señora Diana Mejìa Cabeza se inscribió a la Convocatoria No. 436 de 2017 – SENA, realizada por la CNSC para el empleo de Instructor, código 3010 G en servicio de alojamiento, OPEC 60069, en la que ocupó la segunda posición, siendo una la plaza ofertada. Pero, ahora ocupa el primer puesto en la lista de elegibles integrada mediante Resolución No. CNSC 20182120190725 DEL 24.12.2018, que se encuentra vigente.

2. Explica que no obstante, la CNSC expidió el 16.01.2020 el Criterio Unificado "Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019" que establece el uso de listas vigentes para proveer vacantes definitivas de cargos equivalentes que no fueron convocadas o que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso adelantado; de dicho concepto no se desprende que el nominador de la entidad se encuentre facultado para cambiar los perfiles de dichas vacantes no convocadas o surgidas con posterioridad, tal y como ha sucedido en su caso, **pues informa que a la vacante con IDP 7351 le fue cambiado su perfil de "servicios de alojamiento" a "turismo", negándole así, su posibilidad de ser nombrada en dicho cargo**.

3. Expone que el 24.03.2020, el SENA mediante oficio No. 0203200436562 (suscrito por el Coordinador Grupo de Relacione Laborales), solicitó a la CNSC el uso de listas de elegibles para las vacantes no reportadas en la convocatoria 436/2017, relacionando 145 cargos con sus respectivas OPEC del mismo empleo que contenía el elegible a ser nombrada. Asimismo, indica que dicho documento reporta las vacantes definitivas para planeación de nuevos concursos, y puntualmente, menciona que en la fila 105, se reporta el cargo identificado con el IDP 7351 del Centro de Servicios Empresariales y Turísticos.

4. Indica que en oficio del 11.06.2020 con radicado No. 20203200636812 - el Coordinador Grupo de Relacione Laborales -, reporta a la Gerente de la convocatoria 436/2017 de la CNSC las vacantes no convocadas, y aclara, a modo de ejemplo, que respecto de la vacante con IDP 3183, que había sido reportada en la comunicación No 20203200436562 del 24 de Marzo de 2020 para nuevo concurso,

"el nominador solicitó cambio de perfil, hecho que conlleva a incluirla en el listado para uso de lista de la Convocatoria 436 de 2017", situación que a su juicio, es la forma como el nominador de la entidad decide a través de estos cambios de perfil, quienes acceden o no a la carrera administrativa.

5. Lo anterior, porque, explica, que la CNSC mediante oficio No. 20201020532491 del 15.07.2020, autorizó el uso de lista de elegibles para cargos no convocados, como la de Instructor con IDP3183, para que fuera provista con el de la OPEC 58863, insistiendo que estos cambios de perfil es la manera como el nominador es el que decide quien accede o no a la carrera administrativa.

6. Afirma que como en la actualidad tiene conocimiento que para **el empleo que concursó, esto es, el de Instructor, código 3010 G "Servicio de Alojamiento", existe una vacante en provisionalidad**, del cual desconoce su número de IDP o si le fue cambiado el perfil para llevarlo a nuevo concurso, el 13.05.2020, elevó petición ante la entidad radicada con No. 7-2020-072161, para que le informara de los cargos vacantes ocupados en provisionalidad respecto del empleo "Instructor servicios de alojamiento".

Sin embargo, menciona que pese a que el Director Regional del SENA, dio respuesta informándole que la "Regional Santander no tiene vacantes disponibles para el cargo en mención y solo existe un nombramiento en provisionalidad identificado con el IDP7351del Centro de Servicios Empresariales y Turísticos de la REGINAL Santander", en dicha respuesta se omitió mencionar que el cargo corresponde al de "instructor de servicio de alojamiento", tal y como lo acredita otra respuesta de la misma entidad del 26.02.2020 radicada No 68-2-2020-004, que fue dada a otra peticionante en la que se explicita que en el Centro de Servicios Empresariales y Turísticos Bucaramanga, se encuentra vacante con nombramiento provisional el cargo con IDP 7351 "servicio de alojamiento – Hotelería y Turismo".

7. Con dicha información, manifiesta que el 24.06.2020 solicitó al Director General del SENA, que oficiara a la CNSC con el fin de que incluyera la OPEC 60069, que corresponde a la que ella concursó, dentro de la solicitud de autorización enviada por el SENA el 24.03.2020 para el IDP 7351; recibiendo respuesta negativa, pues

se le informó que respecto al empleo con OPEC 60069 no existen vacantes en provisionalidad o encargo.

8. Concluye señalando que al habérsele cambiado el perfil al cargo al cual concursó, le resta posibilidades de ser nombrada en la vacante provisional que dice, se encuentra disponible en el Centro de Servicios Empresariales y Turísticos Bucaramanga, situación que le vulnera sus derechos fundamentales al mérito y acceso a empleo público tras concurso de méritos.

II. INFORME DE LAS ACCIONADAS

A. Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP -, por intermedio de apoderado, se opone a la prosperidad del amparo solicitado por no haber vulnerado derecho fundamental alguno de la accionante, pues según su marco legal de competencias, no es partícipe en el trámite de la convocatoria realizada por la CNSC para proveer cargos de carrera en el SENA, ni tampoco es competente para realizar nombramientos de las personas que conforma las listas de elegibles, razón por la cual, solicita se le desvincule de la presente acción de tutela por configurarse la falta de legitimación en la causa por pasiva.

A su vez, califica de improcedente la aplicación de la Ley 1960/2019 en los términos expuestos por la accionante, pues explica que la Ley 909 de 2004 es clara en señalar que las listas de elegibles únicamente se pueden utilizar en estricto orden de mérito para proveer las vacantes ofertadas en el respectivo concurso de méritos y que la regla prevista en el art. 6 de la ley 1960/2019 solo aplica siempre y cuando la convocatoria se inicie en vigencia de dicha norma, esto es, a partir del 27.06.2019, es decir, no aplica la retrospectividad de la norma.

Igualmente, señala la improcedencia del amparo solicitado, dada la existencia de otros mecanismos de defensa judicial a los cuales puede acudir la accionante, quien tampoco acredita un perjuicio irremediable, en los términos previstos en el art. 6° del Decreto 2591/1991.

B. La Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC-, por intermedio de su asesor jurídico, solicita se niegue el amparo solicitado, porque:

i) No se satisface el requisito de subsidiariedad: Señala que, la inconformidad de la accionante frente a la conformación de la lista de elegibles que se encuentran contenidos dentro de los acuerdos reglamentarios del concurso no es excepcional, y que, por el contrario, cuenta con un mecanismo de defensa idóneo, razón por la cual, la acción de tutela no es la vía judicial para cuestionar la legalidad de actos administrativos.

ii) El estado de la accionante en el concurso No. 436 de 2017: La accionante se inscribió al empleo Instructor, Código 3010, OPEC No. 60069 y agotadas las fases del concurso ocupó la posición No. 2, en la lista de elegibles conformada mediante la resolución No. CNSC– 20182120190725 del 24-12-2018, para proveer una (1) vacante, la cual fue provista por la persona que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, razón por la cual, no es posible realizar el nombramiento que solicita, al no ocupar una posición meritoria en cuanto al número de vacantes ofertadas en el empleo. Agrega que no es de su competencia lo relacionado con nombramientos y posesiones de la planta de personal en las entidades.

iii) De los mismos empleos y los empleos equivalentes declarados desiertos: expone que para determinar si un empleo es “equivalente” a otro se deberá realizar la similitud de funciones, de requisitos de estudio, experiencias y competencias laborales, así como el nivel jerárquico y grado salarial entre otros, para finalmente analizar y determinar la similitud de funciones, proceso que requiere de un análisis técnico detallado para terminar el contenido temático de las mismas, por lo que, la acción de tutela no es la vía judicial para establecerlo.

iv) Procedencia del uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019: i) quien ocupó el primer lugar no aceptó, no se pronunció o habiendo sido posesionado, renunció al empleo; **ii)** cuando se presente renuncia o se declare la vacancia definitiva, superado el periodo de prueba, o cuando la entidad crea nuevos cargos durante la vigencia de la lista de elegibles, teniendo en cuenta que los cargos ostenten la identidad establecida anteriormente al cargo ofertado en la OPEC. En tal sentido, explica que como el SENA no ha reportado alguno de los criterios citados respecto a las vacantes con identidad de

características al que la accionante pide se le aplique, no hay lugar al uso de listas; por lo tanto, es la entidad SENA quien debe solicitar el uso de listas de elegibles cuando determine que corresponde al mismo empleo.

v) Uso de listas de acuerdo con la ubicación geográfica: Explica que para que un aspirante pueda formar parte de una lista distinta a la del empleo (OPEC) al cual concursó, mediante aplicación de equivalencia, debe tenerse en cuenta que el aspirante haya obtenido las mismas pruebas, con las mismas condiciones y calificaciones a la nueva OPEC a la cual aspira incorporarse. Así, señala que la entidad, junto con las entidades, enlistan unas características que no hacen pasible trasladar o hacer equivalente un empleo frente a otro, porque: i) las pruebas escritas se evalúa temas particulares con cuadernillos específicos de acuerdo con el empleo ofertado, que depende del grupo de aspirantes que comparten características como formación, experiencia, procedencia, es decir, se encuentran en igualdad de condiciones; ii) se tiene en cuenta el número de personas evaluadas, pues de ello depende el método de calificación seleccionado; iii) la valoración de antecedentes, pues la equivalencia de listas de elegibles depende de que los empleos tengan los mismos requisitos.

vi) Improcedencia en la aplicación de la Ley 1960 de 2019 de manera retrospectiva: Explica que, para el caso particular del accionante, su situación ya se encuentra consolidada, pues se conformó la lista de elegibles para el empleo identificado con el código OPEC 61351 por lo que no es susceptible de modificación por el tránsito de normatividad, quedando claro que la aspirante concursó para la provisión de una (1) vacante, hoy provista por quien ocupó la posición meritoria en la lista de elegibles.

vii) El criterio unificado del 16.01.2020: Es explícito en señalar que la aplicación de los efectos de la ley 1960/2019 solo procede “frente a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa”, es decir, que la regla prevista en el art. 6 de la ley 1960/2019 solo aplica siempre y cuando la convocatoria se inicie en vigencia de dicha norma, esto es, a partir del 27.06.2019, sin que pueda dársele alcance retrospectivo a la norma.

Por último, señala que, dado que el SENA no ha reportado la existencia de vacantes con identidad de características al cargo ofertado ni tampoco la movilidad de la lista de elegibles por renuncia, no aceptación, derogatoria del acto administrativo de nombramiento o acto de retiro, no hay lugar a hacer uso de la lista para proceder a realizar nombramientos en orden de conformidad con el puesto ocupado en la misma.

B. El Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA, solicita negar por improcedente las pretensiones de la acción de tutela, comoquiera que no se cumple con el requisito de inmediatez, pues la lista de elegibles a la cual pertenece al accionante se encuentra vigente desde el 15.01.2019, es decir, hace más de 20 meses; y tampoco se cumple con el requisito de subsidiariedad por disponer la accionante de otros medios de defensa judicial para controvertir los actos administrativos por medio delos cuales, el SENA y la CNSC han tomado las decisiones frente al concurso de méritos 436/2017.

Asimismo, señala que se debe negar el amparo deprecado, pues las obligaciones de la entidad frente al mérito y nombramientos en periodo de prueba de las personas que superaron el proceso de selección realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil a través de la Convocatoria Nro. 436 del 2017, fueron adelantadas de manera exitosa.

Expone el procedimiento adelantado para la provisión de empleos de carrera, haciendo notar que conformada la lista de elegibles para el empleo OPEC de la referencia, mediante resolución debidamente motivada, realizó en estricto orden de mérito el nombramiento en período de prueba en el empleo objeto de concurso.

Finalmente, señala que las listas de elegibles conformadas para los empleos de carrera administrativa, una vez culminado el proceso de selección, pueden ser utilizadas para proveer aquellas vacantes que se generen en los empleos inicialmente convocados durante su vigencia.

C. La señora Eumelia Aguilar Vargas, no hizo uso de esta etapa procesal.

III. LA SENTENCIA IMPUGNADA

Como ya se dijo, es proferida el 06/10/2020 por el señor **Juez Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga,** Santander, en la que resuelve **declarar improcedente la acción de tutela**, dada la existencia de mecanismos de defensa judicial ordinarios idóneos y eficaces para controvertir los actos administrativos adoptados con ocasión al concurso de méritos 436/2019 adelantado por las entidades accionadas.

Así, considera la primera instancia que como en el caso de la señora Diana Milena Mejía Cabeza, lo que se pretende es dejar sin efecto el "cambio de perfil" que presuntamente realizó el SENA respecto del empleo IDP7351 de Instructor, código 3010 del Centro de Servicios Empresariales y Turísticos de la Regional Santander, y que se proceda a su nombramiento y uso de lista de elegibles en la que actualmente ocupa el primer lugar, esta actuación escapa del resorte del juez constitucional por tratarse de una decisión contenida en un acto administrativo, del cual no obra prueba en el plenario.

Concluye que al ser el cambio de perfil una actuación que no es propia del concurso de méritos en el que ha participado la accionante, sino que se trata de una disposición administrativa del resorte de competencias del SENA, tal decisión debe ser controvertida a través de los medios ordinarios de defensa judicial previstos en la Ley 1437/2011, en la que busque desvirtuarse la presunción de legalidad de la que goza tal decisión.

IV. LA IMPUGNACIÓN

La señora Diana Milena Mejía Cabeza, centra su inconformidad con el fallo de primera instancia al señalar que la acción de tutela gira en torno al uso de listas de elegibles vigentes del concurso de méritos adelantado en la convocatoria 436/2017,

con ocasión a los cambios que fueron introducidos por la Ley 1960/2019, en la que actualmente se encuentra a la espera de ser nombrada en los cargos no convocados y surgidos con posterioridad a la convocatoria, oportunidad que dice, ha sido mermada por los cambios de perfil de las vacantes en los que el nominador modifica discrecionalmente.

Agrega que **la acción de tutela es procedente en asuntos derivados de los concursos de méritos:** Sostiene que la Corte Constitucional, ha realizado múltiples pronunciamientos defendiendo la procedencia de la acción constitucional pese a la existencia de los medios de control de legalidad de actos administrativos previstos en la Ley 1437 de 2011, considerando que estos mecanismos ordinarios no resultan idóneos o eficaces para proteger los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos a través de concurso de méritos; tesis que considera le es aplicable a su caso, pues como miembro de lista de elegibles de la Convocatoria 436 de 2017 y al existir la vacante definitiva no convocada con IDP 7351 que es equivalente al cual concursó, este es, el de Instructor, código 3010 G en servicio de alojamiento, OPEC 60069, pero que fue cambiado de perfil, vulnera sus derechos fundamentales del mérito y acceso a empleo público tras concurso de méritos.

Concluye señalando que las OPEC son los perfiles de los cargos de la oferta pública de empleos de carrera ofertado en el concurso, los cuales no pueden ser modificados, pues ello atenta contra la seguridad y confianza legítima.

Agrega que se **debe dar aplicación a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019:** La cual establece que se tendrá en cuenta las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados que surjan con posterioridad a las convocatorias efectuadas en concursos de méritos de la misma entidad; y que como en su caso, se encuentra acreditado la creación de otros cargos con similares condiciones al empleo al que concursó y del cual hace parte en la lista de elegibles, es procedente su nombramiento, pues está demostrado su existencia, pese a que

el nominador del SENA le cambió su perfil temático de “servicio de alojamiento” por “Turismo”.

Por último, cita como un caso análogo el decidido por este Tribunal en Sentencia de Segunda Instancia Radicado 2020-00114-01 de fecha 13 de octubre de 2020 y lo decidido por la H. Corte Constitucional en Sentencia T-340/2020.

V. CONSIDERACIONES

A. Acerca de la competencia

Recae en esta Corporación, según lo previsto en el art. 1° del Decreto 1382 de 2000 y el art. 37 del Decreto 2591 de 1991. De otra parte, el recurso fue interpuesto oportunamente por la parte accionante.

B. De la procedencia de la acción de tutela en el en el marco de concursos de mérito para cargos públicos

De la reseña que antecede, se tiene, en síntesis, que la aquí accionante, busca el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, petición y acceso al empleo público, que dice, se encuentran amenazados por la negativa de las accionadas de no autorizar el uso de la lista de elegibles que integra para proveer la vacante no convocada de Instructor del Centro de Servicios Empresariales y Turísticos Regional Santander con IDP 7351, que señala es equivalente al cargo que ella concursó - Instructor, código 3010 G en servicio de alojamiento, OPEC 60069 -, pero que posteriormente le fue cambiado su perfil temático de “servicio de alojamiento” a “turismo” por el nominador de la entidad.

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que, la tutela se torna improcedente como mecanismo principal para cuestionar decisiones de nombramientos y uso de listas de elegibles ya consolidadas, la Sala determina y resuelve el siguiente problema jurídico, así:

PJ1: ¿Es procedente la acción de tutela, pese a la existencia de otros mecanismos judiciales, para la protección de los derechos fundamentales al mérito, debido proceso, acceso al empleo público tras concurso de mérito, igualdad y trabajo?

Tesis: Sí

Fundamento Jurídico: El Tribunal prohíja en un todo **el análisis de procedencia de la tutela que hace la Corte Constitucional en su Sentencia T- 340 del 21 de agosto de 2020,** en la que en sede de revisión confirma una sentencia de tutela proferida por este Tribunal[1], según el cual, aunque en principio la regla general es la no procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos proferidos en el marco de concurso de méritos, en tanto que existe mecanismo ordinario en el que inclusive existe la posibilidad de proferir medida cautelar de diverso tipo, la tutela, excepcionalmente se torna procedente**, cuando el análisis del caso, muestra que ese mecanismo ordinario no es idóneo y eficaz** para resolver la controversia a partir de la naturaleza de la disputa de los hechos del caso y **de su impacto respecto de derechos y garantías constitucionales.**

De esta manera, concluye la Sala que la acción de tutela es procedente en el caso que nos ocupa de manera excepcional, pues aun cuando existen medios de defensa ordinarios para debatir las decisiones de la administración tendientes al uso de listas de elegibles vigentes para proveer el cargo en el que aspira la accionante ser nombrada, **el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública, es el que trasciende de un ámbito meramente administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional**, lo que hace que sea necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantiza la protección de los derechos fundamentales, pues la señora Diana Milena Mejía Cabeza se encuentra actualmente ocupando el primer lugar de la lista de elegibles integrada mediante Resolución No. CNSC 20182120190725 DEL 24.12.2018, que se encuentra vigente y que tiene un plazo de vencimiento que puede ser inferior a la duración de un proceso ordinario.

[1] Sentencia del 03 de julio de 2019, accionante José Fernando Ángel Porras Vs. I.C.B.F. y la CNSC. Magistrado Ponente Rafael Gutiérrez Solano. Radicado No. 686793333003-2019-00131-01.

Expuesto lo anterior, el problema jurídico se circunscribe a determinar lo siguiente:

PJ2. ¿Vulneran las entidades accionadas los derechos fundamentales al debido proceso, al mérito y al acceso y ejercicio de cargos públicos, al no autorizar el uso del cargo de Instructor, código 3010 G en "servicio de alojamiento", OPEC 60069, al empleo de Instructor con IDP 7351 del Centro de Servicios Empresariales y Turísticos Regional Santander, por presuntamente haberse modificado el eje temático de este último de "servicio de alojamiento" a "turismo"?

Tesis: Sí.

Fundamento Jurídico: Análisis de las pruebas establecen que si bien no se encuentra acreditado el supuesto cambio de perfil que afirma la accionada el "nominador de la entidad" realizó a la vacante Instructor con IDP 7351 del Centro de Servicios Empresariales y Turísticos Regional Santander, sí se encuentra acreditada la existencia de dicha vacante con nombramiento provisional con el mismo eje temático de "servicio de alojamiento" del cargo de **Instructor, código 3010 G en "servicio de alojamiento", OPEC 60069** para el cual la accionante concursó y actualmente se encuentra en el puesto No. 1 de la lista de elegibles, lo que en principio pudiera afirmarse que corresponden al mismo nivel (Instructor), categoría y grado al que fue reportado en la precitada OPEC 60069, se trata este y aquel del mismo empleo, y misma ubicación geográfica, como lo considera el accionante, circunstancia que permite concluir que como dicha vacante alcanzaría a ser provista por ella atendiendo a que ocupa el primer lugar en la lista de elegibles, atendiendo al principio de mérito le dan derecho al acceso a la función pública – SENA -, de acuerdo con el estudio técnico de equivalencia que deba efectuar las entidades.

En el presente caso se encuentra probado:

1. Que la accionante se inscribió a la Convocatoria No. 436 de 2017 de la Comisión Nacional Del Servicio Civil – CNSC - dentro del proceso de selección para proveer el cargo de Instructor, código 3010 G en "servicio de alojamiento", OPEC 60069 en

el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, aprobando todas las etapas del concurso y, por ende, se ubicó en la lista de elegibles, ocupando en la actualidad el primer puesto, como se extrae del expediente digital. Dicha lista en la actualidad se encuentra en firme y, vigente de acuerdo con lo establecido en el artículo sexto de la Resolución No. CNSC 20182120190725 DEL 24.12.2018.

2. Si bien la accionante en escrito de tutela, y a modo de ejemplo, señala que, mediante oficio del 11 de junio, radicado 20203200636812 (Folio 55 del archivo 01 del expediente digital) el Coordinador del Grupo de Relaciones Laborales del SENA, afirma haberse solicitado un cambio de perfil del cargo con IDP3183, lo cierto es que no se encuentra acreditado en el trámite de esta tutela, que ocurra lo mismo con la vacante Instructor con IDP 7351 del Centro de Servicios Empresariales y Turísticos Regional Santander, que dice la accionante fue cambiado su eje temático de “servicio de alojamiento” por “turismo”.

3. No obstante lo anterior, se encuentra acreditado según el oficio del 26 de febrero de 2020 radicado No 68-2-2020-004 (Folio 58), suscrito por el Coordinador Grupo de Apoyo Admin. Mixto del SENA, y la respuesta a una solicitud elevada por la accionante sobre las vacantes existentes de instructor del área temática de servicio de alojamiento de la red hotelera y turismo, suscrita por el Director Regional del SENA, visible al folio 57, que, en efecto, en el Centro de Servicios Empresariales y Turísticos de la Regional Santander “existe un nombramiento en provisionalidad identificado con el ID 7351” con el área temática de “servicio de alojamiento”.

Entonces, existiendo un empleo en el Centro de Servicios Empresariales y Turísticos de la Regional Santander cuya denominación (instructor) y eje temático es coincidente con la denominación y eje temático del que fue objeto de la Convocatoria No.436 de 2017, empleo denominado Instructor, código 3010 G en “servicio de alojamiento”, OPEC 60069, en principio pudiera afirmarse que corresponden al mismo nivel (Instructor), categoría y grado al que fue reportado en la precitada OPEC 60069, se trata este y aquel del mismo empleo, y misma ubicación geográfica, como lo considera el accionante; y como dicha vacante

alcanzaría a ser provista por ella atendiendo a que ocupa el primer lugar en la lista de elegibles, de modo que sus méritos le dan derecho al acceso a la función pública – SENA – con base al apoyo en el criterio orientados de la Corte Constitucional en su Sentencia C-319 de 2010, según el cual,

> "cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, correspondiente a la misma denominación el empleo de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador".

Empero, el Acuerdo 562 de 2016, "por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las listas de elegibles y del banco nacional de listas de elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004", en su artículo 11, en concordancia con el artículo 32 Ib., referida al uso de una lista de elegibles, fija en cabeza de la CNSC el deber de enviar de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores (o personas delegadas para ello), la lista de personas con las cuales se debe proveer definitivamente los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes y que hayan sido objeto del concurso y realizar el cobro respectivo, si a ello hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del referido Acuerdo.

Considera la Sala que, esta facultad, se extiende a las vacancias definitivas que se generen**, diversas a las que fueron ofertados**, **cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos de las listas de elegibles,** puesto que, no obstante que el legislador (Ley 1960 de 2019) autorizó el uso de listas de elegibles vigentes para proveer las vacantes que se lleguen a presentar en vigencia de la lista, lo supedita a la misma naturaleza y perfil, asuntos que compete a la CNSC dilucidar con el respectivo estudio técnico en sede administrativa, si ello tiene ocurrencia; si estos requisitos se cumplen, y, al juez de lo contencioso administrativo en sede ordinaria, juzgar si esa actuación administrativa se ajusta o no a la legalidad.

Así, encuentra la Sala que la competencia de la CNSC en tratándose de concursos de méritos se circunscribe a autorizar el uso de la lista de elegibles contenida para este caso, en la Resolución No. CNSC 20182120190725 DEL 24.12.2018**,** para proveer la vacancia definitiva que ocupa la atención de la Sala en esta tutela y, en todo caso, compete al Juez de lo Contencioso Administrativo el juzgamiento en sede ordinaria sobre la legalidad de la decisión del SENA que se apoye en esa o no autorización, razón por la cual, se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar, se ordenará:

1. A la CNSC, y al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA que, dentro del marco de sus competencias y dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencias de los empleos vacantes no convocados cargo Instructor con eje temático “servicio de alojamiento”, especialmente el identificado con IDP7351, surgido con posterioridad a la convocatoria 436/2017.

2. Una vez efectuado lo anterior, y se verifique que se trata de una vacante igual o equivalente al empleo denominado Instructor, código 3010 G en “servicio de alojamiento”, OPEC 60069, para el cual la accionante concursó; se ordena al SENA que dentro de los cinco (5) días siguientes realice el nombramiento en periodo de prueba de la señora DIANA MILENA MEJÌA CABEZA, con cédula de ciudadanía No.63.498.237 como integrante del primer lugar de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. CNSC 20182120190725 DEL 24.12.2018, para lo cual, debe tener en cuenta que el vencimiento de la misma se generará el 24 de enero de 2021, por lo que amerita que para el cumplimiento de la presente orden elimine cualquier barrera administrativa que demore su cumplimiento.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Santander, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. **Revocar** la Sentencia del 06/10/2020, proferida por el señor Juez Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga,

Santander, de acuerdo a las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente providencia. En su lugar:

Segundo. **Amparar** los derechos al mérito, debido proceso y acceso al empleo público de la señora **DIANA MILENA MEJÌA CABEZA,** con cédula de ciudadanía No. 63.498.237 y para tal efecto:

Tercero. **Ordenar** a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, y al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA:

1. A la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, y al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA que, dentro del marco de sus competencias y dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencias de los empleos vacantes no convocados cargo Instructor con eje temático “servicio de alojamiento”, especialmente el identificado con IDP7351, surgido con posterioridad a la convocatoria 436/2017.

2. Una vez efectuado lo anterior, y se verifique que se trata de una vacante igual o equivalente al empleo denominado Instructor, código 3010 G en “servicio de alojamiento”, OPEC 60069, para el cual la accionante concursó; se ordena al SENA que dentro de los cinco (5) días siguientes realice el nombramiento en periodo de prueba de la señora DIANA MILENA MEJÌA CABEZA, con cédula de ciudadanía No.63.498.237 como integrante del primer lugar de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. CNSC 20182120190725 DEL 24.12.2018, para lo cual, debe tener en cuenta que el vencimiento de la misma se generará el 24 de enero de 2021, por lo que amerita que para el cumplimiento de la presente orden elimine cualquier barrera administrativa que demore su cumplimiento.

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

Quinto. **Comunicar** la presente decisión al juzgado de origen.

Sexto. Ejecutoriada esta decisión, **remítase por la Secretaría de la Corporación el expediente a la Corte Constitucional** para su

eventual revisión, en concordancia con lo establecido en los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519 y PCSJA20-11521 del mes de marzo de 2020, proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE. Aprobado en Sala, **Acta No.93/2020.**

Los Magistrados,

SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR
Ponente
(Aprobado en plataforma Teams)

RAFAEL GUTIÉRREZ SOLANO
(Aprobado en plataforma Teams)

IVÁN MAURICIO MENDOZA SAAVEDRA
(Aclaración de voto)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN E

Bogotá D.C., primero (1) de diciembre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA Nº 077

MAGISTRADA PONENTE: DRA. PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO

ACCIÓN:	TUTELA
ACCIONANTE:	NANCY YAMILE RODRÍGUEZ SUÁREZ
ACCIONADO:	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC) – SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA)
REFERENCIA:	110013336031-**2020-00224-01**
DECISIÓN:	REVOCA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver lo que en derecho corresponde dentro de la impugnación interpuesta por la accionante, en nombre propio, en contra el fallo de tutela proferido el 19 de octubre de 2020, por el Juzgado Treinta y Uno Administrativo del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de la referencia.

I. PARTE DESCRIPTIVA

1.1. Objeto de la tutela – Peticiones de amparo

La señora NANCY YAMILE RODRÍGUZ SUÁREZ, en nombre propio, acudió al juez constitucional con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales a la dignidad humana, garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del Estado, igualdad, derecho de petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas vía merito, así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica.

En efecto, en el acápite de pretensiones, se lee:

> "(…) **PRIMERO.** Que, se restablezcan los derechos fundamentales DIGNIDAD HUMANA, GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, IGUALDAD, DERECHO DE PETICION, TRABAJO, DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VIA MERITO, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA Y LOS QUE EL DESPACHO CONSIDERE PERTINENTES, VULNERADOS U AMENAZADOS, de **NANCY YAMILE RODRÍGUEZ SUÁREZ**, identificada con cédula de ciudadanía No 51.869.121 de Bogotá y se ordene de manera inmediata a la **CNSC** y al **SENA**

realizar el nombramiento en periodo de prueba y su posesión para un empleo bien sea que haya sido ofertado o no ofertado Con la denominación **INSTRUCTOR CÓDIGO 3010 GRADO 1**, lo anterior En un término No superior a 48 horas, por haberse superado todas las pruebas, etapas del concurso, cumplir la totalidad de requisitos del empleo al cual se presentó y actualmente encontrarse como elegible, ya que era un deber legal por parte de la CNSC y el SENA hacer uso de lista de elegibles. Lo anterior sin tener en cuenta el Criterio unificado de enero de 2020 si no la similitud funcional.

SEGUNDO: Ordenar a la CNSC, **VERIFICAR** una a una toda la planta de personal del SENA, para identificar todos los cargos con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1 con los núcleos básicos de conocimiento contemplados en la OPEC No 58632 a la cual se presentó la accionante.

TERCERO: Ordenar a La CNSC dar respuesta de fondo al derecho de petición radicado el 19 de agosto de 2020.

ORDENAR A **LA CNSC Y AL SENA** rendir un informe escrito a este Despacho, con los soportes respectivos, dentro de un término igual y siguiente al concedido para el cumplimiento del presente fallo (…)".

1.2. Supuestos fácticos:

La accionante relató que mediante Acuerdo nro. CNSC 20171000000116 del 24 de julio de 2017 fue convocado el concurso de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa del SENA -Convocatoria no. 436 de 2017-.

Adujo que una vez surtidas todas etapas del concurso fue expedida la resolución de lista de elegibles no. 20182120181235 del 24 de diciembre de 2018, con firmeza a partir del día 15 de enero de 2019, para proveer catorce (14) vacantes de la OPEC no. 58632, con la denominación INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1, donde se encuentra ocupando el lugar número veinticuatro (24) de elegibilidad con 70,44 puntos.

Precisó que de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 se permite el uso de la lista de elegibles en los cargos que no fueron ofertados y que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso.

Señaló que el SENA reportó a la CNSC unos cargos que no fueron ofertados para que se haga uso de la lista de elegibles, sin embargo, el proceso no fue adelantado como quiera que existen solicitudes de exclusión sin resolver.

Manifestó que el 16 de enero de 2020 la CNSC expidió el criterio unificado del uso de la lista de elegibles en aplicación de la Ley 1960 de 2019 donde dejó clara la obligación de hacer uso de tales listas en los cargos no ofertados posteriores a la entrada en vigencia de la citada ley.

Indicó que la lista de elegibles de la que ella hace parte vence el 14 de enero de 2021, sin que hasta la fecha se le haya dado la posibilidad ocupar un cargo, situación con la que se vulneran sus derechos fundamentales a la dignidad humana, garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del Estado, igualdad, derecho de petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas vía merito, así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica.

Expuso que hasta el momento las entidades accionadas no le han realizado ofrecimiento o nombramiento en período de prueba en los cargos que fueron ofertados y no ofertados en aplicación de lo previsto en las Leyes 909 de 2004 y 1960 de 2019.

Adujo que en el mes de agosto de 2020 presentó una petición a la CNSC solicitando el nombramiento en período de prueba haciendo uso de la lista de elegibles con cargos no ofertados y similitud funcional en aplicación de la Ley 1960 de 2019.

Precisó que en la respuesta de la petición anterior, la entidad accionada señaló que en aplicación del criterio unificado de enero de 2020 para la provisión de empleos mediante el uso de listas vigentes para procesos de selección, como la convocatoria 436 de 2017, cuyas listas de elegibles se dieron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019 únicamente es posible en aquellos denominados mismos empleos, es decir, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, funciones, requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC.

Finalmente señaló que el SENA en respuesta a una petición que elevó en el mes de agosto de 2020 tampoco le indicó de manera puntual cuáles son los cargos que se encuentra desiertos y no ofertados con la denominación de INSTRUCTOR 1, que deben ser provistos mediante el uso de la lista de elegibles en aplicación de la Ley 1960 de 2019 sin que se tenga en cuenta el criterio unificado de enero de 2020.

1.3. INFORMES DE LAS ACCIONADAS

1.3.1. Servicio Nacional de Aprendizaje

Manifestó que la acción de tutela se torna improcedente toda vez que la accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial contra las decisiones adoptadas por la CNSC o la entidad y que se encuentran consignadas en actos administrativos, por lo que debe demandar son dichas decisiones.

Adujo que la accionante puede solicitar a la jurisdicción de lo contencioso administrativa la adopción de medidas cautelares en el sentido de que se suspenda los actos administrativos que considera ilegales o inconstitucionales.

Precisó que no fue solicitado dentro de la acción de tutela la protección transitoria pese a que invoca su procedencia con la finalidad de evitar un perjuicio irremediable, pero tampoco probó o se esforzó por aportar material que así lo demuestre.

Señaló que no se infiere que exista certeza de una posible amenaza o vulneración de los derechos fundamentales al acceso a cargos públicos y al trabajo de la accionante.

Indicó que a la accionante en la preinscripción al concurso se le advirtió que solo podría inscribirse a una sola OPEC y que bajo su responsabilidad debía consultar los empleos a proveer mediante el concurso de méritos, situación que fue aceptada por ella.

Manifestó que la accionante se postuló al empleo con OPEC 58632, ocupando el puesto 24 con empate en la lista de elegibles, razón por la cual no obtuvo el empleo como quiera que las personas que ocuparon los primeros 14 puestos fueron nombradas en el cargo ofertado.

Explicó que la CNSC el 1 de agosto de 2019 expidió el criterio unificado en relación con la aplicación de la lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019, explicando que aquella solo es aplicable a los nuevos concursos de méritos que se adelanten, es decir,

que no afecta la convocatoria 436 de 2017 en la que se inscribió la accionante.

1.3.2. Comisiona Nacional del Servicio Civil

Manifestó que la tutela es improcedente por cuanto la accionante cuenta con otro medio de defensa judicial y no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de los actos administrativos.

Señaló que no se demuestra la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que reclama la accionante.

Precisó que de conformidad con lo establecido en los artículos 52 y 53 de la Ley 4 de 1993, la ley solo rige para las situaciones de hecho ocurridas con posterioridad a la fecha de su promulgación, por lo tanto, tenemos que el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019 al disponer que rige a partir de su promulgación -27 de junio de 2019 como consta en el Diario Oficial no. 50-997- solo tiene efectos hacía futuro.

Indicó que no resulta procedente el uso de la lista solicitada por la accionante para la provisión de nuevas vacantes, pues con ella se estaría dando aplicación a la Ley 1960 de 2019 de manera retrospectiva, toda vez que la convocatoria no. 436 de 2017 inició con la expedición del Acuerdo No. 20182120149475 del 17 de octubre de 2018, es decir con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley.

Aclaró que el 27 de junio de 2019 el Gobierno Nacional expidió la Ley 1960 por la cual por la cual modificó la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictaron otras disposiciones. Acatando lo allí dispuesto la CNSC el 16 de enero de 2020 profirió criterio unificado sobre el uso de listas de elegibles donde indicó que aquellas expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019 deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes generadas con posterioridad siempre y cuando correspondan a los mismos empleos -entendiéndose como mismo empleo, aquel con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes-.

Manifestó que las listas de elegibles para proveer por mérito las vacantes definitivas de los empleos convocados generan para quienes las integran dos situaciones: i) para quienes se encuentren en orden de elegibilidad de acuerdo al número de vacantes a proveer, se configura el derecho a ser nombrado en período de prueba en el empleo aspirado; y II) para quienes no ocuparon una posición meritoria dentro de la lista de elegibles, surge la expectativa de ser nombrado ante la generación de nuevas vacantes, lo anterior, haciendo uso de la lista en el orden de mérito subsiguiente, durante los dos (2) años de vigencia, por lo tanto, los participantes en los concursos de méritos no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, toda vez que sólo son titulares de una expectativa que únicamente se materializa cuando cumplen todos los requisitos legales y superan todas las etapas del proceso de selección ya que es su posición meritoria en una lista de elegibles la que le otorga a quien ocupa el primer lugar el derecho a ser nombrado en el empleo para el cual concursó.

Señaló que consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad -SIMO- se constató que durante la vigencia de las listas el SENA no ha reportado la existencia de vacante definitiva alguna que cumpla con el criterio de mismos empleos respecto de la lista de la OPEC 58632 de la que hace parte la accionante.

1.3.3. Juliana Susana Almentero Toscano

La referida persona en calidad de tercero vinculado manifestó que está de acuerdo con los hechos enunciados por la accionante y coadyuva a sus pretensiones.

1.4. La sentencia de primera instancia

El Juzgado Treinta y Uno Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante sentencia proferida el 19 de octubre de 2020, negó el amparo solicitado, aclarando de manera preliminar que la accionante no podría acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativa para debatir la presunta irregularidad de los actos ejecutados por la CNSC y el SENA porque resultaría ineficaz debido a que cuando se resuelva el fondo del asunto el concurso habría llegado a su fin, razón por la cual se torna necesaria la intervención del juez de tutela.

Reseñó que la norma especial del concurso en concordancia con la Ley que lo rige -Ley 909 de 2004, artículo 31 numeral 4- y el criterio unificado emitido por la CNSC, estableció el uso de la lista de elegibles conformadas y en firme para proveer las vacantes de los empleos que integran la oferta pública de empleos de carrera es la respectiva convocatoria, es decir, la 436 de 2017, pero no para cubrir las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados dada la modificación introducida por la Ley 1960 de 2019 a la Ley 909 de 2004 que para el caso en concreto por su entrada en vigencia no aplica.

Precisó que la Ley 1960 de 2019 aplica para aquellos procesos aprobados por la Sala Plena de la CNSC con posterioridad a su entrada en vigencia, por lo tanto, no es posible extender sus efectos de manera retrospectiva en el caso bajo estudio.

En su concepto no existe violación a los derechos fundamentales de la accionante porque las entidades accionadas han actuado de conformidad con las normas vigentes.

Sostuvo que no se puede hablar de vulneración al derecho fundamental a la igualdad porque esta se predica en situaciones similares o iguales y al tratarse de normas y casos que no son idénticos no se observa su violación.

Aclaró que las vacantes deben ser provistas en el estricto orden que prevé el Decreto 1083 de 2015, esto es: i) con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial; ii) 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 CNSC; iii) con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial; iv) 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. Y una vez agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá

adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

Indicó que las vacantes del empleo de la lista de elegibles que hace parte la accionante se encuentran provistas con los elegibles ubicados en las posiciones 1 a 14 y como aquella ocupa la posición número 24 es claro que no alcanzó el puntaje requerido para obtener una posición meritoria.

Finalmente manifestó que no hay vulneración al derecho fundamental de petición, pues las solicitudes elevadas por la accionante fueron resueltas conforme los presupuestos jurisprudenciales y que la solicitud de dar aplicación al procedente contenido en las acciones de tutela proferidos por diferentes órganos judiciales en donde se afirma que se protegieron similares derechos a lo invocados en el presente asunto al no corresponder a un precedente vertical no es obligatorio como sí lo es el vertical.

1.5. Impugnación de la accionante

Insistió en que la acción de tutela es procedente para la protección del derecho fundamental al debido proceso administrativo pese a la existencia de otros mecanismos judiciales y que en el presente asunto las entidades accionadas están vulnerando sus derechos fundamentales al no realizar los trámites pertinentes para la conformación de la lista de elegibles tendientes a proveer nuevas vacantes en la planta de personal del SENA en aplicación de lo establecido en la Ley 960 de 2019.

Citó una serie de sentencias proferidas por distintas autoridades judiciales donde han ordenado a la accionadas la realización de estudios de equivalencias de los cargos que no fueron ofertados en el SENA y creados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 960 de 2019 con la finalidad de que se creen listas de elegibles y se nombren en estricto orden de mérito en período de prueba a las personas que ostentan mejor derecho.

II.CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. COMPETENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección E, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente para conocer en segunda instancia la impugnación del fallo de tutela proferido dentro del asunto de la referencia por el Juzgado Cincuenta y Tres Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, por ser su superior jerárquico.

2.2 PROBLEMA JURÍDICO

En el presente caso la Sala deberá determinar: i) si es procedente la conformación de nuevas listas de elegibles para la provisión de nuevos cargos que surgieron con posterioridad a la convocatoria no. 436 de 2017 y ii) si hay lugar a realizar nombramiento y posesión de la señora NANCY YAMILE RODRÍGUEZ SUÁREZ en período de prueba en un empleo equivalente al previsto en la OPEC no. 58632 de la convocatoria 436 de 2017.

2.3. TESIS DE LA SALA

Revisado el fundamento fáctico y jurídico, se establece que la acción de amparo propuesta por el accionante resulta procedente en la medida en que se invoca una vulneración a sus garantías fundamentales, en virtud de situaciones (hechos, omisiones u actos administrativos) posteriores a la expedición y firmeza de aquellos actos que establecieron las listas de elegibles.

Superado el tema de procedencia de la acción de tutela, la Sala encuentra una efectiva vulneración del derecho fundamental al debido proceso de la señora NANCY YAMILE RODRÍGUEZ SUÁREZ por cuanto no se ha dado aplicación a la Ley 1260 de 2019 en concordancia con el criterio de unificación del 22 de septiembre de 2020 expedido por la CNSC, en el sentido de que se establezca y/o determine qué empleos vacantes son equivalentes a los de la OPEC no. 58632 de la convocatoria 436 de 2017 y, en el evento que se procedente, elaborar la lista de elegibles con la finalidad de proveerlos, por tal razón, debe revocarse la sentencia de primera instancia que negó el amparo del referido derecho y en su lugar ordenar: i) al SENA que, dentro del marco de sus competencias despliegue todas las actuaciones administrativas pertinentes y tendientes con la finalidad de establecer y/o determinar cuáles empleos al interior de la entidad pueden ser considerados como equivalentes a los de la OPEC no. 58632 de la convocatoria 436 de 2017, información que en el evento de ser procedente deberá reportar a la CNSC para lo de su competencia y ii) a la CNSC que, dentro del marco de sus competencias con la información que le llegara a remitir el SENA, previa verificación de los requisitos mínimos que haya a lugar y si a ello hay lugar, elabore la lista de elegibles para proveer los empleos vacantes que tengan equivalencia con la OPEC no. 58632 de la convocatoria 436 de 2017 en aplicación de la Ley 1960 de 2019.

Asimismo, respecto de los demás derechos fundamentales invocados por la accionante la Sala negará su amparo porque en el evento que hubiera lugar a que la CNSC elabore una lista de elegibles, no se tiene certeza del número de puesto ocuparía la señora NANCY YAMILE RODRÍGUEZ SUÁREZ dentro de aquella y podría asistirle un mejor derecho a otro integrante, advirtiéndose respecto del derecho fundamental de petición, que la solicitudes elevadas por la actora fueron resueltas como bien ella misma lo reconoció y como se desprende de las pruebas relacionadas en el correspondiente acápite de esta providencia.

2.4. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Sobre la procedencia de la acción de tutela para resolver controversias suscitadas en el desarrollo de un concurso de méritos cuando ya se conformó la lista de elegibles la Corte Constitucional en sentencia T 049 de 2019 dispuso lo siguiente:

> "(…) La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática al señalar que la acción de tutela es procedente frente a controversias originadas en concursos de méritos para la provisión de empleos públicos si el proceso de selección se encuentra en curso.[1]

[1] Sobre procedencia de la acción de tutela en materia de concursos de méritos en los eventos en que ya existe lista de elegibles pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias del Consejo de Estado: Sección Segunda Subsección A. Radicación número: 25000-23-42-000-2012-01030-01, Sentencia del 17 de enero de 2013. CP Alfonso Vargas Rincón; Sección Cuarta. Radicación número: 13001-23-31-000-2012-00435-01, Sentencia del 27 de septiembre de 2012. CP William Giraldo Giraldo; y Sección Quinta. Radicación número: 23001-23-31-000-2011-00627-01, Sentencia del 19 de julio de 2012. CP (E) Susana Buitrago Valencia.

1.1.1.1. Específicamente, las diferentes secciones del Consejo de Estado establecen en sus sentencias que cuando la lista de elegibles se encuentra en firme crea situaciones jurídicas particulares y derechos ciertos, de manera que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para dejarlas sin efectos jurídicos,[2] pues se podrían afectar derechos subjetivos[3] y lo que corresponde es demandar dicho acto administrativo haciendo uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.[4]

1.1.1.2. Sobre el particular, en sentencia del 29 de noviembre de 2012, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado indicó que por regla general, la acción de tutela es improcedente *"para controvertir las supuestas irregularidades acaecidas durante el trámite de un concurso de méritos, cuando en éste se ha conformado la lista de elegibles, porque es un acto susceptible de demandarse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que brinda el escenario idóneo para analizar la legalidad de la referida decisión".*[5]

1.1.1.3. De esta manera, los jueces de tutela deben analizar si al momento en que se presentó la acción de tutela ya se había conformado la lista de elegibles o está a punto de proferirse como uno de los elementos dentro del estudio de procedencia.

1.1.1.4. Ejemplo de lo anterior es la sentencia del 8 de junio de 2010, en la que la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró la improcedencia de una acción de tutela en la que accionante solicitó el amparo de sus derechos fundamentales *"con ocasión de la calificación obtenida en la prueba de aptitud numérica dentro del concurso de méritos docentes abierto por la Comisión Nacional del Servicio Civil y desarrollado por el ICFES"*[6] con el siguiente argumento:

"Ocurre que para la época en que la actora instauró la tutela ya el concurso del cual fue excluida había avanzado a otra fase e incluso finalizado, pues está publicada la lista de elegibles.

Ante tal panorama de cosas la razón que permitía la viabilidad excepcional de la tutela ya no está presente y, por tanto, debido a que la afectada cuenta con otro medio de defensa ordinario, pertinente para enjuiciar la decisión de exclusión del concurso, el instrumento de protección constitucional se torna improcedente".

1.1.1.5. Por su parte, la Corte Constitucional se refirió a la procedencia de la acción de tutela en los casos en que se solicita la protección de derechos fundamentales ante controversias presentadas en concursos de méritos cuando ya existe lista de elegibles.

1.1.1.6. En la sentencia SU-913 de 2009,[7] la Corte Constitucional analizó varias acciones de tutela en las que los actores, quienes participaron en el concurso de méritos para la provisión de cargos de notarios, solicitaron el amparo de sus derechos fundamentales. La controversia giraba en torno al puntaje que otorgaba a la autoría de obras en derecho en la etapa de análisis de méritos y antecedentes, ya que en el marco de una acción popular interpuesta para la protección del derecho colectivo a la moralidad pública se adoptó una medida cautelar en la que se ordenó suspender provisionalmente el aparte final del numeral 11 del artículo 11 del Acuerdo 01 de 2006 que se refiere a "*la certificación de la publicación expedida, por la imprenta o editorial respectiva junto con un ejemplar del libro publicado".*

Dentro de sus consideraciones, la Corte concluyó que las lista de elegibles *"en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58"*. Sobre la posibilidad de revocar listas de elegibles la Sala señaló lo siguiente:

"Por su parte, la estabilidad de la lista de elegibles en tanto acto administrativo particular y concreto se obtiene una vez este haya sido notificado al destinatario y se encuentre en firme

[2] Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A. Radicación número: 25000-23-15-000-2011-02081-01, Sentencia del 27 de octubre de 2011. CP Gustavo Eduardo Gómez y Sección Primera. Radicación número: 25000-23-41-000-2012-00513-01, Sentencia del 15 de agosto de 2013. CP María Elizabeth García González.
[3] Consejo de Estado, Sección Quinta. Radicación número: 25000-23-36-000-2015-02718-01, Sentencia del 4 de febrero de 2016. CP Alberto Yepes Barreiro.
[4] Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B. Radicación número: 54001-23-31-000-2012-00058-01, Sentencia del 8 de mayo de 2012. CP Gerardo Arenas Monsalve y Sección Cuarta. Radicación número: 19001-23-31-000-2011-00010-01, Sentencia del 16 de marzo de 2011. CP Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez.
[5] Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B. Radicación número: 23001-23-33-000-2012-00067-01, Sentencia del 29 de noviembre de 2012. CP Gerardo Arenas Monsalve.
[6] Consejo de Estado, Sección Quinta. Radicación número: 25000-23-15-000-2010-00141-01, Sentencia del 8 de julio de 2010. CP Susana Buitrago Valencia.
[7] Corte Constitucional, sentencia SU-913 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez; AV Jorge Iván Palacio Palacio).

con carácter ejecutivo y ejecutorio – Artículo 64 del C.C.A.-, caso en el cual no podrá ser revocado por la Administración sin el consentimiento expreso y escrito del particular -Artículo 73 del C.C.A.- , salvo que se compruebe que el acto ocurrió por medios ilegales o tratándose del silencio administrativo generador de actos fictos en los términos del artículo 69 del mismo estatuto sea evidente su oposición a la Constitución Política o a la Ley, contrario al interés público o social o cause agravio injustificado a una persona.

Lo cierto es que una vez en firme, al acto administrativo que contiene la lista de elegibles no puede ser modificado en sede Administrativa, sin perjuicio de la posible impugnación que se surta en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria. Por ello, cuando el nominador designa para desempeñar un cargo de carrera a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desplazando a quien la antecede por haber obtenido mejor puntaje, lesiona sin lugar a dudas derechos fundamentales, entre ellos, el de igualdad, el derecho al trabajo y el debido proceso. Como también se lesionan los derechos fundamentales de quienes ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles cuando se reconforman dichas listas sin existir justo título que así lo autorice".

1.1.1.7. A su vez, en la sentencia T-180 de 2015[8] la Sala Sexta de Revisión estudió el caso de una accionante que se presentó en la Convocatoria No. 128 de 2009 para proveer por concurso abierto de méritos los empleos de carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-. La tutelante presentó acción de tutela contra la Comisión Nacional de Servicio Civil y la Universidad de San Buenaventura, Seccional Medellín y solicitó la protección de sus derechos fundamentales para que se resolvieran las peticiones en las que puso en conocimiento de las entidades las irregularidades en el proceso de selección, se rediseñaran las pruebas del concurso, se le permitiera acceder a las hojas de respuesta de su prueba y se suspendiera la etapa de entrevistas de la convocatoria. Sobre la posibilidad de modificar lo establecido en las listas de elegibles conformadas la Sala señaló lo siguiente:

"Esta Corporación ha señalado que las listas de elegibles generan derechos subjetivos que, por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado[9]; o en hipótesis en las cuales su producción o aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales".

1.1.1.8. Por su parte, la Sala Séptima de Revisión en la sentencia T-551 de 2017[10] estudió las tutelas interpuestas por dos accionantes que participaron en las Convocatorias No. 335 y 336 de 2016 del INPEC para proveer el cargo de dragoneante de la institución y de ascensos y se les impidió continuar el proceso de selección porque en el examen médico que se les realizó, fueron calificados como no aptos. Pese a ello, los actores manifestaron que los resultados de las pruebas médicas no correspondían a la realidad.

En esa oportunidad, la Sala determinó que la tutela procedía de manera definitiva *"toda vez que en el proceso de selección para ocupar el cargo de dragoneante y de ascensos del INPEC que ya cuenta con lista de elegibles"*, los mecanismos de defensa ordinarios no eran idóneos y eficaces y mediante el acto administrativo que se ataca *"se establecen criterios sobre los resultados de la prueba médica de los aspirantes, viéndose posiblemente lesionado derechos fundamentales de aquellos, al concurso de mérito".*

1.1.1.9. Para terminar, en la sentencia T-160 de 2018[11] la Sala Tercera de Revisión analizó la tutela que presentó un accionante contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y la Universidad Manuela Beltrán. El actor señaló que se inscribió en la convocatoria mediante la cual se proveerían 400 vacantes en el empleo de dragoneante del INPEC y que en los resultados de los exámenes médicos fue calificado como *"no apto"* por tener un tatuaje en el tercio inferior del antebrazo izquierdo, por lo que solicitó que se evaluara nuevamente su calificación de y, en consecuencia, fuera vinculado nuevamente al proceso de selección del concurso-curso en la respectiva convocatoria.

La Sala de Revisión determinó que la acción de tutela procedía contra los actos administrativos proferidos en desarrollo del concurso-curso ya que los medios ordinarios de defensa judicial no eran eficaces ni idóneos para dirimir la controversia. De la misma manera, la Sala precisó que en el caso objeto de análisis ya se había conformado la lista de elegibles y que, aunque la

[8] Corte Constitucional, sentencia T-180 de 2015 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).
[9] *Sentencias C-147 de 1997, C-155 de 2007, C-926 de 2000, C-624 de 2008, T-494 de 2008, entre otras.*
[10] Corte Constitucional, sentencia T-551 de 2017 (MP Cristina Pardo Schlesinger).
[11] Corte Constitucional, sentencia T-160 de 2018 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez; AV Antonio José Lizarazo Ocampo).

misma tenía vigencia de un año, ello no hacía *"improcedente el amparo perseguido, pues la misma se puede reconstituir"*, y que así se había hecho *"a partir de la resolución de controversias judiciales".*

(…)

1.1.1.10. Adicionalmente, la Corte Constitucional reconoce que la tutela procede pese a la existencia de lista de elegibles y que estas pueden ser modificadas en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria o cuando su aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales. (Destaca la Sala) (…)".

En los anteriores términos puede concluirse que cuando la lista de elegibles se encuentra en firme crea situaciones jurídicas particulares y derechos ciertos, de manera que la acción de tutela en principio no es el mecanismo adecuado para dejarlas sin efectos jurídicos, pues se podrían afectar derechos subjetivos, por ello lo que corresponde es demandar dicho acto administrativo haciendo uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; no obstante lo anterior, la alta Corporación ha admitido su procedencia en aquellos casos que se presenta fraude, incumplimiento de los requisitos de la convocatoria o cuando su aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales.

2.5. Marco constitucional, legal y jurisprudencial

2.5.1 De la Convocatoria 436 de 2017 SENA

La Comisión Nacional del Servicio Civil, en uso de sus competencias legales, convocó mediante Acuerdo no. 20171000000116 del 26 de julio de 2017 -modificado por Acuerdos números 20171000000146 del 5 de septiembre de 2017, 20171000000156 del 19 de octubre de 2017 y 20181000000876 del 19 de enero de 2018- a concurso abierto de méritos, con el fin de proveer de manera definitiva los empleos pertenecientes al sistema general de carrera administrativa del SENA, la cual se identificaría como convocatoria 436 de 2017.

Luego de superadas las primeras fases del concurso, la CNSC procedió a la elaboración de la lista de elegibles, que para el caso del cargo INSTRUCTOR CÓDIGO 3010 GRADO 1 correspondiente a la OPEC no. 58632 se realizó mediante la Resolución no. 20182120181235 de 24 de diciembre de 2018.

2.5.2 Naturaleza de las listas de elegibles y su firmeza

De acuerdo con lo previsto en el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, la elaboración o conformación de la lista de elegibles corresponde a la relación de los participantes del concurso, que realiza la CNSC, en orden de mérito de las personas que superaron las etapas previas, y en ese mismo orden deben ser cubiertas las vacantes, conservando una vigencia de dos (2) años, desde que queden en firme.

Conformada la lista de elegibles, las personas que la integren deben ser nombradas -con estricta sujeción al mérito- en período de prueba por el término de seis (6) meses, al final de los cuales serán evaluadas. Obtenida una calificación satisfactoria se adquieren los derechos de carrera, los cuales deberán ser declarados mediante la respectiva inscripción en el registro público de carrera. En el evento en que no se obtenga la calificación satisfactoria, el empleado será declarado insubsistente.

Por su parte la jurisprudencia constitucional ha sostenido que las listas de elegibles son actos administrativos particulares, que una vez en firme son inmodificables y constituyen un derecho adquirido y no una mera expectativa de quien la ocupa en primer lugar, para que pueda ser nombrado en el cargo para el que concurso.

"**11.2 Las listas de elegibles son actos administrativos de contenido particular y concreto. Deben respetarse derechos adquiridos.**

11.2.1 Las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme, salvo expresas excepciones legales. Es así como la Sentencia T-455 de 2000 señaló que aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido. Al respecto, indicó la Corporación:

"Consagra el artículo 83 C.P. que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que se adelanten ante ellas.

Se entiende que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque indudablemente existe el cargo y carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionantes para la mayoría de las personas, sin que el proceso adelantado y sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento.

En consecuencia, una vez que se han publicado los resultados, es perentorio que la entidad que ha convocado al concurso entre a proveer el cargo respectivo, designando para el efecto a quien ocupó el primer lugar y, por sus méritos, se ha hecho acreedor a ocuparlo.

Para la Corte es indudable que quien respondió a una convocatoria hecha por una entidad pública, presentó los exámenes, pruebas, entrevistas, documentación exigida y además, practicados aquéllos los superó satisfactoriamente y **ocupó el primer lugar en una lista de elegibles, tiene, en tal virtud y por mandato constitucional, no una mera expectativa sino un verdadero derecho adquirido a ser nombrado en el cargo correspondiente**." (Resaltado fuera de texto)

La lista de elegibles organiza la información de los resultados del concurso, indica quiénes están llamados a ser nombrados, de acuerdo con el número de plazas a ocupar, así como el orden de elegibilidad en que han quedado los participantes según su puntaje.

11.2.2 Pues bien, cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman.

En el caso en estudio la lista de elegibles, en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58 Superior, en cuyos términos "se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores(...)". A partir de dicho mandato, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos subjetivos que han entrado al patrimonio de la persona, no pueden ser desconocidos por la ley, salvo que ello sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado. Al respecto, la Corte señaló en la sentencia C-155 de 2007:

"Configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona. Ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas

> consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales.
>
> Por el contrario, frente a situaciones inciertas y eventuales que no se consolidaron al amparo de una normatividad anterior, opera un principio de aplicación inmediata de la leyhttp://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-155-07.htm - ftn49# ftn49, a la cual deberán adecuar su conducta quienes no hayan logrado llevar a su patrimonio derechos que concedía la norma derogada. Así, la Corte ha señalado que mientras los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos por las leyes ulteriores, por el contrario las simples expectativas no gozan de esa protección, pues "la ley puede modificar discrecionalmente las meras probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho." Por ello, las expectativas que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho, pueden ser reguladas por el legislador "según las conveniencias políticas que imperen en el momento, guiado por parámetros de justicia y de equidad que la Constitución le fija para el cumplimiento cabal de sus funciones."

Cabe agregar que en todo caso, la consolidación del derecho que otorga el haber sido incluido en una lista de elegibles, se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer.

Por su parte, la estabilidad de la lista de elegibles en tanto acto administrativo particular y concreto se obtiene una vez este haya sido notificado al destinatario y se encuentre en firme con carácter ejecutivo y ejecutorio – Artículo 64 del C.C.A.-, caso en el cual no podrá ser revocado por la Administración sin el consentimiento expreso y escrito del particular -Artículo 73 del C.C.A.- , salvo que se compruebe que el acto ocurrió por medios ilegales o tratándose del silencio administrativo generador de actos ficto en los términos del artículo 69 del mismo estatuto sea evidente su oposición a la Constitución Política o a la Ley, contrario al interés público o social o cause agravio injustificado a una persona.

Lo cierto es que una vez en firme, al acto administrativo que contiene la lista de elegibles no puede ser modificado en sede Administrativa, sin perjuicio de la posible impugnación que se surta en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria. Por ello, cuando el nominador designa para desempeñar un cargo de carrera a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desplazando a quien la antecede por haber obtenido mejor puntaje, lesiona sin lugar a dudas derechos fundamentales, entre ellos, el de igualdad, el derecho al trabajo y el debido proceso. Como también se lesionan los derechos fundamentales de quienes ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles cuando se reconforman dichas listas sin existir justo título que así lo autorice (…)"[12].

Por su parte, el Consejo de Estado[13] ha sostenido sobre la lista de elegibles lo siguiente:

> "En suma, la lista de elegibles tiene la vocación de materializar la regla constitucional de los artículos 125 y 131 de la Constitución, según la cual los cargos públicos y en específico, los de la función notarial deben ser provistos mediante el sistema de concurso público, en donde el mérito es la regla característica para su provisión.
>
> (…)
>
> Por ello, **la situación de figurar en la lista de elegibles implica, por un lado, el derecho del participante a ser nombrado en el cargo para el cual concursó y, por otro, la correlativa obligación de la administración o entidad convocante, de nombrar a quien figura en turno en la mencionada lista de elegibles** (…)"

En desarrollo de las funciones previstas en el artículo 11 de la Ley 909 de 2004 en lo que a listas de elegibles se refiere, la CNSC expidió el Acuerdo 562 de 5 de enero de 2016 "*por el cual se reglamenta la* ***organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004"****,* en este se establece como función

[12] Corte Constitucional SU 913 de 2009 MP. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
[13] Consejo de Estado, Sección Quinta, C.P Alberto Yepes Barreiro, 23 de octubre de 2014 Rad. Nº **25-000-23-41-000-2013-02805-02, Actor: JUAN FRANCISCO FORERO GOMEZ**

de competencia exclusiva de esa entidad, la de conformar las listas de elegibles, y una vez comunicada la firmeza de la lista de elegibles, la entidad para la cual se adelantó la convocatoria debe producir los nombramientos en período de prueba.

2.6. PRUEBAS Y HECHOS DEMOSTRADOS

De acuerdo con el material probatorio obrante en el plenario, se encuentra acreditado lo siguiente:

- Que la señora Nancy Yamile Rodríguez Suárez se inscribió, participó y ganó el concurso abierto de méritos para ocupar el cargo de INSTRUCTOR CÓDIGO 3010 GRADO 1 correspondiente a la OPEC no. 58632, ocupando el puesto veinticuatro (24) en la lista de elegibles para el cargo mencionado, según consta en la Resolución no. 20182120181235 de 24 de diciembre de 2018.

- Que el SENA mediante correo electrónico dio respuesta a una petición elevada por la señora Nancy Yamile Rodríguez Suárez identificada con el número de radicación 7-2020132830, en la que le indicó que no existe vacante desprovista, en provisionalidad o en encargo que corresponda al empleo identificado con la OPEC no. 58632 y que en el evento que esta se presente y ella cumpla con los requisitos la entidad le comunicará. Asimismo, le informó que los cambios de perfiles en los empleos que han sido creados con posterioridad a la convocatoria 436 de 2017 obedece a las necesidades del servicio de cada uno de los centros de formación.

- Que la CNSC mediante oficio identificado con el número 20205000656311 del 1 de septiembre de 2020 absolvió varias inquietudes relacionadas con la convocatoria 436 de 2017 elevadas por varios concursantes.

2.7. CASO CONCRETO

Pretende la accionante a través del trámite de la referencia que se amparen sus derechos fundamentales indicados *supra* y en consecuencia se ordene a las entidades accionadas que en aplicación de lo previsto en la Ley 1960 de 2019 se proceda a efectuar su nombramiento y posesión en período de prueba en un empleo similar del cual ella hace parte de la lista de elegibles dentro de la convocatoria 436 de 2017, específicamente en el cargo de INSTRUCTOR CÓDIGO 3010 GRADO 1 correspondiente a la OPEC no. 58632 sin importar si fueron o no convocados.

El juzgado de primera instancia consideró que en el caso *sub examine* no hay vulneración de derechos fundamentales alguno por parte de las entidades accionadas por cuanto la Ley 1960 de 2019 fue proferida con posterioridad a la convocatoria 436 de 2017, es decir, que se rige por las normas anteriores como la Ley 909 de 2004 y reglamentarias y por lo tanto no le es aplicable la nueva legislación.

La accionante impugnó la sentencia de primera instancia, al considerar que la interpretación del *a quo* es equivocada, toda vez que, sí es aplicable lo establecido en la Ley 1960 de 2019 en el sentido de que se pueden proveer empleos con listas de elegibles que fueron expedidas con anterioridad a la promulgación de la referida ley sin importar si el empleo fue convocado o no o creado con posteridad al concurso.

Hechas las anteriores precisiones, se tiene, que a través de la Resolución no. 20182120181235 de 24 de diciembre de 2018 la CNSC conformó la lista de elegibles para el cargo denominado INSTRUCTOR CÓDIGO 3010 GRADO 1 correspondiente a la OPEC no. 58632, acto administrativo con el cual se proveyeron catorce (14) vacantes, por lo tanto, la accionante al ocupar el puesto veinticuatro (24) en el registro no alcanzó a obtener vacante alguna.

De conformidad con la respuesta por parte de la CNSC la referida lista de elegibles fue publicada el 4 de enero de 2019, cobrando firmeza el 15 de esos mismos mes y año, encontrándose vigente hasta el 14 de enero de 2021, es decir que en los términos de la jurisprudencia constitucional la acción de tutela en principio no es el mecanismo adecuado para debatir la legalidad del citado acto administrativo, pues se podrían afectar derechos subjetivos; no obstante lo anterior el alto tribunal ha admitido la procedencia del mecanismo constitucional de amparo pese a la firmeza de la lista de elegibles, en aquellos casos de fraude, incumplimiento de los requisitos de la convocatoria o cuando su aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales.

En el caso bajo estudio el fundamento de la petición de amparo es el desconocimiento de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 art. 6º en el concurso de méritos no. 436 de 2017 que fue adelantado por la CNSC con anterioridad a su expedición, desconociéndose con ello el principio del mérito que rige el acceso a los empleos públicos, argumentos bajo los cuales se colige que la acción de tutela es procedente y por ello se realizará el análisis de fondo del asunto.

La Sala coloca de presente que la Ley 1960 de 2019 fue publicada en el Diario Oficial no. 50.997 de 27 de junio 2019, modificando algunos apartes de la Ley 909 de 2004, estableciendo respecto de la lista de elegibles en los procesos de selección en los concursos de méritos lo siguiente:

> "ARTÍCULO 6º. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:
> "Artículo 31. El Proceso de Selección comprende:
>
> 1. (...)
> 2. (...)
> 3. (...)
>
> **4.** Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años**. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad".**

De lo anterior se tiene que el legislador autorizó a la Comisión Nacional del Servicio Civil que elabore en estricto orden de mérito listas de elegibles para que se provean las vacantes definitivas de cargos convocados y equivalentes no convocados y que surjan con posterioridad a la convocatoria de los concursos siempre y cuando sea en la misma entidad.

Con fundamento en lo anterior la CNSC ha expedido una serie de criterios unificados respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 los cuales se encuentran publicados en la página oficial de la entidad en los siguientes términos:

- Criterio del 16 de enero de 2020, complementado el 6 de agosto de 2020, donde se define el uso de la lista de elegibles:

> "De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva Convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos"; entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."

- Criterio de 22 de septiembre de 2020, donde se definen los conceptos "mismo empleo" y "empleo equivalente":

> "En cumplimiento del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, las listas de elegibles producto de un proceso de selección se usarán para proveer vacantes definitivas de los "mismos empleos" o "empleos equivalentes", en los casos previstos en la Ley Para efecto del uso de listas se define a continuación los conceptos de "mismo empleo" y "empleo equivalente":
>
> • MISMO EMPLEO. Se entenderá por "mismos empleos", los empleos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.
>
> • EMPLEO EQUIVALENTE. Se entenderá por empleos equivalentes aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan grado salarial igual, posean el mismo requisito de experiencia, sean iguales o similares en cuanto al propósito principal o funciones, requisitos de estudios y competencias comportamentales y mismo grupo de referencia de los empleos de las listas de elegibles."

Los anteriores criterios, como lo ha reconocido la Corte Constitucional[14], gozan de un valor especial al ser expedidos por el organismo que por mandato constitucional tiene la función de administrar las carreras de los servidores públicos de conformidad con lo establecido en el artículo 130 de la Constitución Política.

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional dentro del expediente T-7.650.952 profirió la sentencia de revisión de 21 de agosto de 2020, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, en la que estudió un caso muy similar al de la referencia y sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019 consideró lo siguiente:

> "3.7.2. Visto lo anterior, de conformidad con la Ley 909 de 2004 y la jurisprudencia unificada de esta Corporación antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, habría que revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Santander, comoquiera que la regla aplicable al caso permitía concluir que el ICBF solo podía hacer uso de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, para proveer los dos cargos inicialmente ofertados en la OPEC No. 34782, como en efecto lo hizo. De forma que, una nueva vacante no convocada debería ser ocupada mediante la figura de encargo o de provisionalidad, mientras se adelantaba un nuevo concurso de méritos. Tal como en efecto ocurrió.
>
> Dicho esto, **la Sala encuentra que en esa decisión el Tribunal no tuvo en cuenta, primero, la jurisprudencia reiterada de la Corte respecto de la utilización de las listas de elegibles únicamente para proveer los cargos inicialmente convocados. Segundo, que el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, antes de su modificación, establecía que las listas de elegibles vigentes solo serían usadas para cubrir las vacantes inicialmente ofertadas. Tercero, que el parágrafo 1 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015,**

[14] Corte Constitucional T-7.650.952 de 21 de agosto de 2020 MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

que compiló el Decreto 1227 de 2005, antes de ser modificado por el Decreto 498 de 2020 [59], reafirmaba la prohibición de proveer vacancias definitivas de cargos no convocados. Y, cuarto, que se equiparó el término oferta pública de empleos de carrera (OPEC) al de empleo y, por tal razón, se ordenó el nombramiento del accionante "en el empleo identificado con el OPEC No. 34782", cuando lo cierto es que en la referida oferta pública únicamente se ofertaron dos cargos.

Sin embargo, por el cambio normativo y la consecuente variación de los supuestos fácticos y jurídicos que dieron origen a la acción de tutela y que hacen inaplicable el precedente de esta Corte al *sub-examine* , se confirmará la orden de protección dictada por el Tribunal Administrativo de Santander el 3 de julio de 2019, bajo el entendido que, en aplicación de la Ley 1960 del año en cita, resultaba obligatorio utilizar la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, para proveer la vacante del cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, regional Santander, pues la misma tiene una aplicación retrospectiva e incluye la hipótesis que se alega por el actor, más allá de que ella no haya sido invocada en la demanda de tutela, al haberse presentado el cambio normativo durante el desarrollo del proceso, circunstancia que no afecta su pretensión, ya que, como se dijo, **la Corte ha admitido que esa solución legal garantiza el principio del mérito y asegura la realización de los principios economía, eficiencia y eficacia de la función pública, lo cual resulta claramente concordante con la reclamación realizada por el accionante.**

(…)

3.7.3. De acuerdo con lo expuesto el acápite 3.6 de esta providencia, la Ley 1960 de 2019 modificó la Ley 909 de 2004, concretamente la regla referida al uso de las listas de elegibles vigentes, para permitir que con ellas también se provean las "vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad".

Así las cosas, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley aplica a la situación de las personas que ocupan un lugar en la lista de elegibles que excedía el número de vacantes ofertadas y por proveer. Es decir que, si son las siguientes en orden y existe una lista vigente, en caso de producirse una vacante para ese empleo, aun cuando no haya sido ofertado, tendrán derecho a ser nombradas en las vacantes definitivas que se vayan generando, de conformidad con lo dispuesto en la referida ley. Sin embargo, en cada caso concreto, la entidad cuyas necesidades de personal se pretenden satisfacer mediante el concurso deberá realizar los trámites administrativos para reportar las vacantes definitivas de los cargos a la CNSC, así como los trámites financieros y presupuestales para poder hacer uso de las referidas listas.

De hecho, en este punto debe recordarse que la misma Comisión Nacional del Servicio Civil modificó su postura en torno a la aplicación de la referida ley y dispuso que las listas de elegibles y aquellas que sean expedidas en procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán ser usadas durante su vigencia para cubrir las nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos".

De la jurisprudencia constitucional transcrita se desprende que en aplicación del principio del mérito para el acceso a los cargos públicos los efectos de la Ley 1960 de 2019 sí son aplicables a la lista de elegibles de los concursos que han sido desarrollados antes de su expedición, ya que con ello se garantizan los principios de economía, eficiencia y eficacia de la función pública y en consecuencia, se permite respecto de aquellas personas que ocupan un lugar en la lista de elegibles que excedía el número de vacantes ofertadas y por proveer, sean nombradas en vacantes definitivas que se vayan generando aun cuando no haya sido ofertadas.

En ese sentido para la Sala respecto del primer problema jurídico planteado en el caso *sub examine*, consistente en determinar si es procedente la conformación de nuevas listas de elegibles para la provisión de nuevos cargos que surgieron con posterioridad a la convocatoria no. 436 de 2017, considera que dicha circunstancia es viable pues, como ya quedó suficientemente establecido, los efectos de la Ley 1960 de 2019 son aplicables

a los concursos que iniciaron con anterioridad a su vigencia, razón por la cual el SENA en calidad de entidad responsable de reportar los nuevos empleos y los que se encuentren vacantes a la CNSC tiene el deber de remitir la información concerniente no solo de aquellos denominados “mismo empleo” sino también de los denominados “empleo equivalente” con la finalidad de sean elaboradas las nuevas listas de elegibles.

En consonancia con lo anterior, la Sala advierte que dentro de expediente no obra prueba que permita evidenciar que el SENA haya desplegado actuación administrativa alguna con la finalidad de establecer y/o determinar cuáles empleos al interior de la entidad pueden ser considerados como equivalentes a los de la OPEC no. 58632 de la convocatoria 436 de 2017, situación que constituye una vulneración al debido proceso de la accionante, por cuanto aquella tiene derecho a que la CNSC con base en la información que le sea reportada elabore las nuevas listas de elegibles en aplicación de lo preceptuado en la Ley 1960 de 2019, razón por la cual se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar se amparará el derecho fundamental al debido proceso y en consecuencia se ordenará lo siguiente:

i) Al SENA que, dentro del marco de sus competencias y dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente fallo, despliegue todas las actuaciones administrativas pertinentes y tendientes con la finalidad de establecer y/o determinar cuáles empleos al interior de la entidad pueden ser considerados como equivalentes a los de la OPEC no. 58632 de la convocatoria 436 de 2017, información que en el evento de ser procedente deberá reportar a la CNSC para lo de su competencia.

ii) A la CNSC que, dentro del marco de sus competencias y dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la información que llegara a reportar el SENA, previa verificación de los requisitos mínimos que haya a lugar, elabore la lista de elegibles para proveer los empleos vacantes que tengan equivalencia con la OPEC no. 58632 de la convocatoria 436 de 2017 en aplicación de la Ley 1960 de 2019.

La Sala respecto del segundo problema jurídico, consistente en determinar si hay lugar a realizar nombramiento y posesión de la señora NANCY YAMILE RODRÍGUEZ SUÁREZ en período de prueba en un empleo equivalente al previsto en la OPEC no. 58632 de la convocatoria 436 de 2017, considera que tal circunstancia no es posible porque en el evento que hubiera lugar a que la CNSC elabore una lista de elegibles no se tiene certeza del número de puesto ocuparía dentro de aquella y podría asistirle un mejor derecho a otro integrante, motivo por el cual se denegará el amparo de los demás derechos invocados en el escrito de tutela, con la advertencia respecto del derecho fundamental de petición, que la solicitudes elevadas por la accionante fueron resueltas por las entidades accionadas como bien ella misma lo reconoció y como se desprende de las pruebas relacionadas en el correspondiente acápite de esta providencia.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN E**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. – REVOCAR la sentencia del 19 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Treinta y Uno Administrativo del Circuito de Bogotá, por medio de la cual negó el amparo solicitado por la señora NANCY YAMILE RODRÍGUZ SUÁREZ y en su lugar **AMPARAR** el derecho fundamental al debido proceso y **NEGAR** el amparo de los demás derechos fundamentales invocados.

En consecuencia, **ORDENAR** lo siguiente:

i) Al SENA que, dentro del marco de sus competencias y dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente fallo, despliegue todas las actuaciones administrativas pertinentes y tendientes con la finalidad de establecer y/o determinar cuáles empleos al interior de la entidad pueden ser considerados como equivalentes a los de la OPEC no. 58632 de la convocatoria 436 de 2017, información que en el evento de ser procedente deberá reportar a la CNSC para lo de su competencia.

ii) A la CNSC que, dentro del marco de sus competencias y dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la información que llegara a reportar el SENA, previa verificación de los requisitos mínimos que haya a lugar, elabore la lista de elegibles para proveer los empleos vacantes que tengan equivalencia con la OPEC no. 58632 de la convocatoria 436 de 2017 en aplicación de la Ley 1960 de 2019.

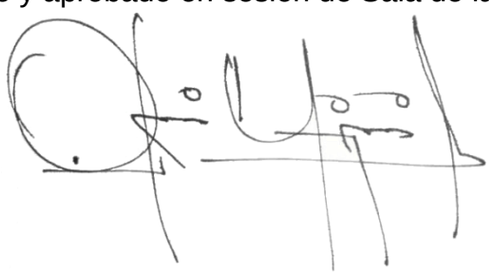
SEGUNDO. - NOTIFICAR por el medio más expedito y eficaz a las partes –Art. 30 del Decreto 2591 de 1991-, entregándoles copia íntegra del fallo.

TERCERO. - ENVIAR copia de esta providencia al juzgado de origen.

CUARTO. - Por Secretaría del Tribunal y dentro del término legal, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE, CÓPIESE Y CÚMPLASE

Fallo discutido y aprobado en sesión de Sala de la misma fecha



PATRICIA VICTORIA MANJARRÉS BRAVO

Magistrada

RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON **JAIME ALBERTO GALEANO GARZÓN**

Magistrado Magistrado

DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL

Cartagena de Indias D. T. y C, tres (03) de diciembre de dos mil veinte (2020).

ACCIÓN	**ACCIÓN DE TUTELA (IMPUGNACIÓN)**
RADICADO	**13001-31-05-008-2020-00205-01**
ACCIONANTE	**JUAN CARLOS ROMERO BOHORQUEZ**
ACCIONADO	**COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC y SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA**
MAGISTRADO PONENTE	**CARLOS FRANCISCO GARCIA SALAS**

TEMA: DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO, DE LOS NIÑOS, DE PETICIÓN, IGUALDAD, AL ACCESO AL EMPLEO PUBLICO TRAS CONCURSO DE MERITO.

Procede la Sala a resolver la I**MPUGNACIÓN** interpuesta por la parte accionante contra la sentencia de fecha 20 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena dentro de la acción de tutela instaurada por el señor **JUAN CARLOS ROMERO BOHORQUEZ** contra **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC** y el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA** mediante la cual se negó la acción de tutela.

I. ANTECEDENTES

El señor **JUAN CARLOS ROMERO BOHORQUEZ** presentó acción de tutela contra la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC** y el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA** a efectos que se amparen sus derechos fundamentales a **AL DEBIDO PROCESO, DE LOS NIÑOS, DE PETICIÓN, IGUALDAD, AL ACCESO AL EMPLEO PUBLICO TRAS CONCURSO DE MERITO**, basándose en los siguientes:

II. HECHOS

Manifiesta el accionante que mediante Acuerdo No CNSC-20171000000116 del 24 de julio de 2017, aclarado mediante el acuerdo No 20181000001006 del 08 de junio de 2018, se convocó a concurso abierto de méritos para proveer 3.766 empleos con 4.973 vacantes, pertenecientes al sistema general de carrera de la CNSC, que se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la CNSC destinado a proveer el cargo de OFICINISTA No 2, que mediante Resolución No CNSC – 20182120135725 del 17 de octubre de 2018 donde ocupa el puesto número 5 con 70.42 (ahora el 4 por recomposición de la lista).

Que presentó petición con fecha 18 de septiembre a la CNSC y a la Universidad de Medellín, las cuales le respondieron lo siguiente:

Cartagena de Indias D.T. y C., 18 de septiembre de 2018.
Señores.
Comisión Nacional del Servicio Civil

Asunto: Reclamación Resultado Valoración de Antecedentes.
JUAN CARLOS ROMERO BOHORQUEZ *varón, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 73.183.160 expedida en Cartagena y con el* ***PIN 110273502****, por medio del presente escrito y estando dentro del término legal para hacerlo me permito presentar reclamación en contra del Resultado de Valoración 148997350 de Antecedentes de la siguiente manera: Solicito incluir la titulación TECNICO PROFESIONAL EN AUXILIAR ADMINISTRATIVO EN SALUD*

(adjunto perfil ocupacional) la cual aparece como no valida con la observación El documento aportado no se relaciona con las funciones establecidas en la OPTC , contrario a lo que manifiesta el DECRETO 861 DE 2000 Artículo 7°. Del nivel asistencial. Comprende los empleos cuyas funciones implican el ejercicio de actividades de apoyo administrativo, complementarias de las tareas propias de los niveles superiores, o de labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución. De acuerdo con su naturaleza, los empleos de este nivel tendrán, entre otras, las siguientes funciones: 1. Recibir, revisar, clasificar, radicar, distribuir y controlar documentos, datos, elementos y correspondencia, relacionados con los asuntos de competencia de la entidad. 2. Llevar y mantener actualizados los registros de carácter técnico, administrativo y financiero y responder por la exactitud de los mismos. 3. Orientar a los usuarios y suministrar la información que les sea solicitada, de conformidad con los procedimientos establecidos. 4. Desempeñar funciones de oficina y de asistencia administrativa encaminadas a facilitar el desarrollo y ejecución de las actividades del área de desempeño.
5. Realizar labores propias de los servicios generales que demande la institución. 6. Efectuar diligencias externas cuando las necesidades del servicio lo requieran. 7. Las demás que les sean asignadas por autoridad competente, de acuerdo con el área de desempeño.
A su vez solicito incluir el año de estudio en educación superior del pregrado que vengo cursando en ADMINISTRACION DE EMPRESAS en la universidad nacional abierta y a distancia tener en cuenta los meses de experiencia que sobrepasan los 100 y se registran solo 63 y finalmente reajustar el puntaje teniendo en cuenta los cursos en educación para el trabajo y desarrollo humano y educación informal .
Agradeciendo la atención prestada.
Atentamente,
JUAN CARLOS ROMERO BOHORQUEZ
C.C. 73.183.160 DE CARTAGENA
PIN. 110273502

Medellín, 28 de septiembre de 2018

Señor(a)
JUAN CARLOS ROMERO BOHORQUEZ
C.C. 73183160
Aspirante
Convocatoria No. 436 de 2017
Servicio Nacional de Aprendizaje SENA

Asunto: Respuesta a reclamación 161687245.
Pruebas de Valoración de Antecedentes A

Respelado (a) aspirante,

La CNSC suscribió con la Universidad de Medellín el Contrato No. 119 de 2018, cuyo objeto es: "Desarrollar las pruebas de valoración de antecedentes y técnico-pedagógica, desde el diseño, la construcción, aplicación y calificación de pruebas, así como la atención de las reclamaciones presentadas por los aspirantes, hasta la consolidación de la información para la conformación de listas de elegibles, para la provisión de empleos vacantes del Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017- SENA ".

Los resultados de las Pruebas de Valoración de Antecedentes de la Convocatoria No. 436 de 2017, fueron publicados el 14 de septiembre de 2018, en consecuencia y de conformidad con lo establecido en el artículo 45 del Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, los aspirantes tenían la posibilidad de presentar reclamación dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de publicación de dichos resultados, en los términos del artículo 13 del Decreto Ley 760 de 2005, es decir entre los días 17 y 21 de septiembre de 2018, ambas fechas inclusive.

En la oportunidad legal para presentar reclamación, se recibió a través del sistema SIMO escrito de reclamación, y en ese orden de ideas, la Universidad procede a responder la reclamación interpuesta por usted, en cumplimiento del objeto para el cual fue contratada por la CNSC.

OBJETO DE LA RECLAMACION:

Verificado el escrito de reclamación, se observa que el mismo tiene por objeto lo siguiente:
"Reclamación Resultado Valoración de Antecedentes.
JUAN CARLOS ROMERO BOHORQUEZ varón, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía
No. 73.183.160 expedida en Cartagena y con el PIN 110273502, por medio del presente escrito y estando dentro del término legal para hacerlo me permito presentar reclamación en contra del Resultado de
Valoración 148997350"

RESPUESTA

Antes que nada, es preciso recordar que la prueba de Valoración de Antecedentes, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 del Acuerdo de Convocatoria, tiene carácter clasificatorio y su objeto es valoración de la formación y de la experiencia acreditada por el aspirante, adicional a los requisitos mínimos exigidos para el empleo a proveer, razón por la cual, aquellas condiciones con las cuales se superó la etapa de Verificación de Requisitos Mínimos, no son objeto de puntuación en la prueba de Valoración de Antecedentes.

Establecido lo anterior, en lo que respecta a su título de TECNICO PROFESIONAL EN AUXILIAR ADMINISTRATIVO EN SALUD, una vez revisado nuevamente, se encontró que no guarda relación con las funciones descritas claramente por la OPEC, incumpliendo así con lo estipulado en el artículo 42 del Acuerdo de Convocatoria:

Es menester señalar, respecto a su pregrado en curso, que la educación formal se entiende por estudios los conocimientos académicos adquiridos en instituciones públicas o privadas, debidamente reconocidas por el Gobierno Nacional, correspondientes a la educación básica primaria, básica secundaria, media vocacional; superior en los programas de pregrado en las modalidades de formación técnica profesional, tecnológica y profesional, y en programas de posgrado en las modalidades de especialización, maestría, doctorado y posdoctorado.

Así mismo el artículo 42 del acuerdo de convocatoria establece que para efectos de la presente etapa se tendrán en cuenta los criterios y puntuación relacionados a continuación respecto de los títulos adicionales

Se infiere de lo anterior que en mérito de puntuación solo es objeto de validación aquellos estudios debidamente culminados y que se encuentren debidamente acreditados por instituciones reconocidas, en ese orden de ideas su certificado (sabana de notas) no puede ser objeto de valoración y en ese sentido se procedió a desestimarlo.
El resto de su documentación se encuentra debidamente calificada, puesto que tras una nueva revisión, se evidenció que se ajusta al articulado del Acuerdo de Convocatoria.

CONCLUSIÓN

Para el caso concreto, una vez revisada su documentación en el marco de la Valoración de Antecedentes, se evidenció que no es necesario realizar ajustes en su calificación, y en ese orden de ideas, se procederá a CONFIRMAR su puntuación para la presente prueba.

Contra la presente decisión, no procede ningún recurso según lo dispuesto en el artículo 45 del Acuerdo No.
20171000000116 de 2017 y el artículo 13 del Decreto - Ley 760 de 2005.
Atentamente,

GUSTAVO ADOLFO GIL VALENCIA
Coordinador General
de Antecedentes. Convocatoria 436 de 2017 – SENA
436 de 2017 – SENA

DEBORA LIZANA ROJO MORA
Coordinadora Valoración
Convocatoria

GLORIA CECILIA RUA JARAMILLO
Coordinadora de Atención a Reclamaciones y Soporte Jurídico
Convocatoria 436 de 2017 – SENA

Ademas de lo anterior manifiesta que superó todas las etapas del proceso de selección, que el día 27 de junio de dos mil diecinueve se expidió la ley 1960 de 2019 por la cual se modificó la ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998, donde se estableció lo siguiente:

> El proceso de selección comprende: 1. (...) 2. (. . .) 3. (...) 4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad"

Que el día 1 de agosto de 2019, la CNSC emitió criterio unificado en cuanto a la lista de elegibles para proveer vacantes definitivas especificando la reforma legal, en cuanto a que solo podía ser aplicada para proveer vacancias en las convocatorias a concurso de méritos realizadas con posterioridad de la entrada en vigencia de la citada ley, que el día 18 de noviembre el Tribunal Superior del valle del Cauca emitió fallo de segunda instancia en un proceso de tutela y dispuso in aplicar el criterio unificado de 1 de agosto de 2019 y resolvió lo siguiente:

> a. "**TERCERO: INAPLÍQUESE** por inconstitucional, el "Criterio Unificado sobre listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019", proferido por la CNSC el 1° de agosto de 2019, por lo expuesto en la parta motiva de este proveido.
> b. **CUARTO: ORDENASE** a la CNSC que (i) dentro de las cuarenta y ocho notes siguientes de notificada esta decisión, oferte los 49 cargos de Profesional universitario Código 2044, grado 8 creados mediante el Decreto 1479 de 2017 para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el fin de que quienes conforman las listas de elegible opten, proceso que no podrá exceder el término de un mes calendario contado a partir del cumplimiento de 48 horas; (ii) elabore la lista de elegibles dentro de los quince (15) días siguientes y debidamente notificado el acto y en firme lo remita al ICBF en el término máximo de cinco (5) días hábiles.
> **QUINTO: ORDENASE** al ICBF, recibida la lista de elegibles por parle de la CNSC, en el término de ocho (8) diez hábiles deberá nombrar a los aspirantes en estricto orden de mérito.
> **SEXTO**: La presente decisión tiene efectos inter comunis para todas aquellas personas que conforman la lista de elegibles contenida en la resolución N° CNSC-201822300040835 del 26 de abril de 2018, y que no acudieron al proceso coma accionantes."

Que el día 16 de enero de 2020 se expide el CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTA DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" y con el cual revoca el anterior criterio de fecha 1 de agosto de 2019, relaciona diferentes sentencias emitidas alrededor de país referentes al mismo tema que hoy nos ocupa. Además menciona que los nombramientos de las personas que están en listas de elegibles no están siendo teniendo en cuenta las personas que pueden ocupar empleos equivalentes al tener acceso limitado a los cargos públicos por el criterio unificado CNSC del 16 de enero de 2020, aunque existen las siguientes vacantes:

NUEVAS VACANTES SIN LISTAS				
ANTIOQUIA-CENTRO TECNOLÓGICO DEL MOBILIARIO	OFICINISTA	2	6226	OFICINISTA
BOYACÁ- CENTRO MINERO	OFICINISTA	2	3686	OFICINISTA
CAQUETÁ - CENTRO TECNOLOGICO DE LA AMAZONIA	OFICINISTA	2	4037	OFICINISTA
CAUCA - CENTRO DE COMERCIO Y SERVICIOS	OFICINISTA	2	9309	OFICINISTA
CHOCÓ- CENTRO DE RECURSOS NATURALES, INDUSTRIA Y BIODIVERSIDAD	OFICINISTA	3	4570	OFICINISTA
GUAJIRA-CENTRO AGROEMPRESARIAL Y ACUÍCOLA	OFICINISTA	2	4785	OFICINISTA
GUAJIRA-CENTRO INDUSTRIAL Y DE ENERGÍAS ALTERNATIVAS	OFICINISTA	2	9428	OFICINISTA
HUILA-CENTRO DE FORMACIÓN AGROINDUSTRIAL	OFICINISTA	2	9373	OFICINISTA
NARIÑO-CENTRO INTERNACIONAL DE PRODUCCIÓN LIMPIA - LOPE	OFICINISTA	2	5277	OFICINISTA

NUEVAS VACANTES CON LISTAS DE ELEGIBLES				
ATLÁNTICO- CENTRO DE COMERCIO Y SERVICIOS	OFICINISTA	2	4253	OFICINISTA
BOLÍVAR- DESPACHO DIRECCIÓN	OFICINISTA	2	335	OFICINISTA
BOLÍVAR- DESPACHO DIRECCIÓN	OFICINISTA	2	5608	OFICINISTA
BOLÍVAR-CENTRO INTERNACIONAL NÁUTICO, FLUVIAL Y PORTUARIO	OFICINISTA	3	1296	OFICINISTA
CUNDINAMARCA-CENTRO DE BIOTECNOLOGÍA AGROPECUARIA	OFICINISTA	2	3339	OFICINISTA
DISTRITO CAPITAL-CENTRO DE TECNOLOGÍAS DEL TRANSPORTE	OFICINISTA	2	1770	OFICINISTA
DISTRITO CAPITAL-CENTRO GESTIÓ MERCAD,LOGÍST Y TECNOLOG INFO	OFICINISTA	2	2115	OFICINISTA
HUILA-CENTRO DE LA INDUSTRIA, LA EMPRESA Y LOS SERVICIOS	OFICINISTA	2	4652	OFICINISTA
HUILA-CENTRO DE LA INDUSTRIA, LA EMPRESA Y LOS SERVICIOS	OFICINISTA	2	4623	OFICINISTA
META-CENTRO DE INDUSTRIA Y SERVICIOS DEL META	OFICINISTA	2	1718	OFICINISTA
RISARALDA-CENTRO DE COMERCIO Y SERVICIOS	OFICINISTA	2	5820	OFICINISTA
VALLE-CENTRO NACIONAL DE ASISTENCIA TÉCNICA A LA INDUSTRIA	OFICINISTA	2	6801	OFICINISTA
DIRECCIÓN GENERAL- SECRETARIA GENERAL	OFICINISTA	3	109	OFICINISTA
DISTRITO CAPITAL - CENTRO DE GESTION INDUSTRIAL	OFICINISTA	2	2015	OFICINISTA
DISTRITO CAPITAL- CENTRO NACIONAL DE HOTELERIA, TURISMO Y ALIMENTOS	OFICINISTA	2	2112	OFICINISTA

III. PRETENSIONES

Pretende el accionante se protejan sus derechos fundamentales AL DEBIDO PROCESO, DE LOS NIÑOS, DE PETICIÓN, IGUALDAD, Y AL ACCESO AL EMPLEO PUBLICO TRAS CONCURSO DE MÉRITO, vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y como consecuencia de ello se ordene a las entidades accionadas que en el terminó de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, realicen los trámites administrativos pertinentes para dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 6 y 7 de la ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles conformada mediante Resolución No CNSC – 20182120135725 del 17-10-2018, respecto al cargo de Oficinista Grado 2 CÓDIGO 58273 en uno de los empleos que se encuentran en provisionalidad, encargo o vacantes, teniendo en cuenta que el mismo fue convocado a concurso y la lista se encuentra vigente; que se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil que oferten los empleos del cargo de OFICINISTA 2 GRADO 2 CÓDIGO 58273, en la OFERTA PÚBLICA DE EMPLEOS, con el fin de que quienes hacen parte de las listas de elegibles y debidamente notificado este acto y en firme, lo remita al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA – y se ordene al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA que, una vez recibida la lista de elegibles de la Comisión, proceda a efectuar su nombramiento en una de las vacantes, o empleos cubiertos en provisionalidad, o por encargo con posterioridad a la conformación de la lista, y teniendo en cuenta la sentencia T-340 de 2020 proferida el 21 de agosto de 202, en donde claramente se avala la aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 con efectos retrospectivos, solicita que de manera preferente para mi nombramiento se tenga en cuenta mi domicilio en Cartagena por sus hijos menores, como quiera que se encuentran cargos vacantes, o empleos ocupados en provisionalidad en la Regional Bolívar , que se timen las determinaciones que en el señor Juez considere conducentes para la

efectividad de la protección de los derechos Bolívar; solicitó tener en cuenta la titulación técnico profesional administrativo en salud ya que su perfil ocupacional tiene relación directa con las funciones establecidas por la OPEC, asimismo también el tiempo de pregrado en la carrera administrativa de empresas el cual no fue teniendo en cuenta a pesar de estar soportado en su debido momento, por tal motivo solicita se haga el incremento en el puntaje y se le ordene a la CNSC ajustar su calificación; solicita de manera oficiosa inaplicar por inconstitucional "El criterio unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019" emanado de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el 16 de enero de 2020.

IV. CONTESTACIÓN

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena, mediante auto del 28 de septiembre de 2020, admitió la presente acción de tutela, ordenando notificar a las entidades accionadas a efectos que rindieran un informe sobre los hechos que dieron lugar al presente amparo constitucional. Asimismo, ordenó para que notifiquen de manera inmediata sobre la presente acción de tutela a las personas que hacen parte de la lista de elegibles de la OPEC 58273 y personas vinculadas con empleos de Nombre Oficinista Grado 2 dentro de la Convocatoria 436 por tener un interés

COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC

Al rendir el informe correspondiente, el apoderado judicial de dicha entidad señaló que realizadas las precisiones a que hubo lugar y consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad – SIMO se constató que durante la vigencia de las listas el SENA reportó la existencia de una (1) vacante definitiva que cumple con el criterio de mismos empleos respecto de la lista de la OPEC 58273. Razón por la cual se autorizó al elegible perteneciente a la posición 2. De tal manera, se concluye imperiosamente que el empleo ofertado fue provisto conforme a las reglas del proceso de selección.

Que una vez consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se evidenció que durante la vigencia de la lista, el SENA no ha reportado movilidad de la lista, entendida la movilidad en el marco del uso de las listas como la novedad que se genera sobre la lista de Elegibles, por la expedición de un acto administrativo que dispone la derogatoria o revocatoria sobre el acto administrativo de nombramiento de un elegible, o la expedición de un acto administrativo que declara la vacancia definitiva de un empleo por configurarse una de las causales de retiro establecidas en la Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, de quien ocupase posición meritoria de conformidad con el número de vacantes ofertadas. Por lo tanto, la vacante ofertada se encuentra provista con el elegible ubicado en la posición 1.

Asimismo, se corroboró que el señor Juan Carlos Romero Bohórquez ocupó la posición cinco (5), en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC – 20182120135725 del 17 de octubre de 2018, en consecuencia, el accionante no alcanzó el puntaje requerido para ocupar posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, de conformidad con el número de vacantes ofertadas.

Es por esto por lo que el señor Juan Carlos Romero Bohórquez se encuentra sujeto no solo a la vigencia si no al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que pueden ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.

Corolario en el caso sub examine no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles del empleo 58273, toda vez que sobre el acto administrativo respectivo no se ha solicitado autorización por parte de la entidad.

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA

Por intermedio de apoderado judicial procedió a rendir informe de tutela, indicando la improcedencia del presente tramite tutelar, por existir otros medios de defensa judicial.

Aduce que Es importante mencionar que con relación al requisito "ubicación geográfica" que estableció el Criterio Unificado, en Concepto No. 20202120242511 del 29 de febrero de 2020, el Comisionado Fridole Ballén Duque, aclaró que éste hace referencia a aquellas vacantes ubicadas en el mismo municipio donde se encuentra el empleo reportado.

De acuerdo con lo expuesto y dado que la Convocatoria 436 de 2017 se adelantó con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019 (norma que permitió hacer uso de las listas de elegibles en empleos equivalentes), los usos de listas que la CNSC apruebe para el SENA serán únicamente para proveer vacantes de los mismos empleos reportados.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el SENA efectuó el reporte de vacantes definitivas existentes en la planta de personal a la CNSC e hizo la solicitud de uso de las listas de elegibles conformadas en la Convocatoria 436 de 2017 en los meses de marzo y abril de 2020, corresponde a dicha Entidad emitir las autorizaciones respectivas para proveer los "mismos empleos" que cumplan con las características previstas en el Criterio Unificado y que aún se encuentren vigentes.

Así las cosas, y haciendo referencia al caso de JUAN CARLOS ROMERO BOHORQUEZ, se informa que del reporte realizado hasta el momento a la CNSC de las vacantes definitivas generadas con posterioridad a la realización de la Convocatoria 436 de 2017 y de las vacantes cuyos concursos fueron declarados desiertos, no existe una vacante (desprovista, en provisionalidad o en encargo) que corresponda al empleo OPEC No. 58273, el cual se denomina Oficinista Grado 02, ubicado en Cartagena (Bolívar),En caso de que con posterioridad se presente alguna vacante en la cual el accionante cumpla con los requisitos para ser nombrada y se cuente con autorización de la CNSC, será oportunamente informada.

VINCULADOS

Al trámite tutelar se vincularon como coadyuvando las pretensiones del accionante los señores BEATRIZ ELENA GALVIS LARA y GONZALO NÚÑEZ SALAZAR.

V. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena, mediante providencia fecha 15 de agosto de 2020 (sic) firmada electrónicamente el día 20 de octubre de 2020, resolvió NEGAR el amparo solicitado dentro de la presente acción de tutela presentada por el señor JUAN CARLOS ROMERO BOHORQUEZ, contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA.

ARGUMENTOS DE PRIMERA INSTANCIA: el a quo fundamentó su decisión al considerar que para el caso concreto se evidencia que las nuevas vacantes que no tienen lista de elegibles a las que hace referencia el actor en su escrito de tutela pertenece a otra zona geográfica a las cuales no le es dable aplicar, y las vacantes 17 correspondiente al Departamento de Bolívar que contiene lista de elegibles, pues

corresponde a vacantes que deberán ser suplidas por las personas que integran las listas de elegibles indicadas por la CNSC, que es la entidad encargada de determinar que listas se autorizan para cubrir las vacantes y que correspondan a cargos equivalentes, ya que estas serían las que de acuerdo con su criterio cumplen los requisitos para ocupar los cargos equivalente.

No desconoce que el derecho que le asiste al actor de poder acceder a las nuevas vacantes que hayan surgido con posterioridad a la convocatoria, pero no obra en el expediente prueba que permita inferir que las accionadas vulneren sus derechos, no logro demostrar el actor cuales son las vacantes que han surgido con posterioridad y que son equivalentes con el cargo al cual aspiro, más cuando existen personas con mejor mérito para acceder a los nuevos cargos que llegaren a ofertarse. En cuanto a la solicitud del actor que se tenga en cuenta su titulación como profesional administrativo en salud y se incremente el puntaje y se ordene a la CNSC ajustar su calificación, observa el despacho que en su oportunidad y a través de respuesta del 28 de septiembre de 2018, le fue resuelta la reclamación al actor por la CNSC y la Universidad de Medellín, no accediendo a lo pretendido, no siendo la acción de tutela vía para proceder a establecer si hay lugar o no al cumplimiento de requisitos, por cuanto entraría el juez constitucional a entrar a decidir sin contar con suficientes elementos de juicio invadiendo la órbita de conocimiento de las entidades llamadas por ley a efectuar la evaluación de competencias y cumplimiento de requisitos.

VI. IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el accionante vía correo electrónico impugnó la misma aduciendo que se ratifica en los argumentos plasmados en la solicitud, existiendo jurisprudencia de la Corte que respalda sus pretensiones.

VII. CONTROVERSIA JURIDICA

El problema jurídico en el sub examine se contrae en determinar, si las accionadas vulneraron o no los derechos fundamentales aducidos por el accionante, como quiera que el accionante manifiesta que a pesar de ocupar el quinto lugar de elegibilidad en la lista de elegibles No CNSC – 20182120135725 del 17-10-2018, respecto al cargo de Oficinista Grado 2 CÓDIGO 58273 del 24 de diciembre de 2018, siendo actualmente elegible y con lista vigente para un cargo TEMPORAL EN EL SENA, con la denominación de Oficinista Grado 2.

ACERVO PROBATORIO

Se encuentra expediente digital con los siguientes documentos:

- Acción de tutela
- Pruebas
- Acta de reparto
- Auto admite tutela
- Notificación admisión de tutela
- Constancia juramento
- Constancia notificación SENA
- Informe de tutela SENA
- Constancia publicación admisión de tutela
- Informe de tutela CSNC
- Fallo de tutela
- Notificación fallo de tutela
- Impugnación fallo de tutela
- Ampliación fallo de tutela

- Auto concede impugnación
- Notificación auto concede impugnación

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede esta Colegiatura a resolver la impugnación interpuesta por la parte accionante contra el fallo de tutela proferido por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena de fecha 20 de octubre de 2020.

Corresponde a la Sala analizar si las entidades accionadas vulneraron o no los derechos fundamentales aducidos por el accionante, como quiera que el accionante manifiesta que a pesar de ocupar el quinto lugar de elegibilidad en la lista de elegibles No CNSC – 20182120135725 del 17-10-2018, respecto al cargo de Oficinista Grado 2 CÓDIGO 58273 del 24 de diciembre de 2018, siendo actualmente elegible y con lista vigente para un cargo TEMPORAL EN EL SENA, con la denominación de Oficinista Grado 2.

De lo anterior se advierte que la controversia en el sub lite, no está relacionada con un concurso de méritos; sino con la utilización de una lista de elegibles vigente para proveer cargos temporales creados con posterioridad al concurso de méritos.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene derecho a presentar acción de tutela, para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí mismo o por quien actúa en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, pero el amparo solamente puede intentarse cuando no existen otros mecanismos judiciales de defensa, que sean idóneos y eficientes, con excepción del perjuicio irremediable (inciso 3° del art. 86 Const.). De esa manera, al existir otro medio de defensa idóneo y efectivo, la acción de tutela resulta improcedente.

En esa medida, la acción de tutela ha sido concebida entonces, como un procedimiento preferente y sumario, para la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales. Así las cosas, la efectividad de la acción, reside en la posibilidad de que el juez, si observa que en realidad existe la vulneración o la amenaza alegada por quien solicita protección, imparta una orden encaminada a la defensa actual y cierta del derecho en disputa.

Ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional en establecer que la acción de tutela no es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, sino residual para la protección de los derechos fundamentales cuando estos se encuentren gravemente amenazados.

En el presente asunto se evidencia que la controversia no viene circunscrita a actuaciones adelantadas dentro de un concurso de méritos, pues el cuestionamiento del accionante viene dado frente al procedimiento aplicado por las entidades accionadas en la provisión de vacantes temporales. En tal sentido, colige la Sala que no se controvierte por esta acción constitucional acto administrativo alguno, sino la materialización del derecho al debido proceso que debe prevalecer en todas las actuaciones administrativas, por consiguiente, estima la Sala que la acción de tutela se constituye en el mecanismo idóneo para ventilar tal circunstancia.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

El derecho al debido proceso es un derecho fundamental previsto en el artículo 29 de la Carta Política, el cual se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y

administrativas con el fin de que todos los integrantes de la comunidad nacional, en virtud del cumplimiento de los fines esenciales del Estado, puedan defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Constitución.

En ese sentido, la Corte Constitucional señala que el debido proceso debe entenderse como una manifestación del Estado, que busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, procurando en todo momento el respeto a las formas propias de cada juicio, así, lo sostuvo en sentencia T-688 de 2014:

"las situaciones de controversia que surjan de cualquier tipo de proceso, requieren de una regulación jurídica previa que limite los poderes del Estado y establezcan el respeto de los derechos y obligaciones de los sujetos procesales, de manera que ninguna actuación de las autoridades dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley o los reglamentos."

Del mismo modo en sentencia T-010 de 2017 el Alto Tribunal Constitucional señaló que existen unas garantías mínimas en virtud del derecho al debido proceso administrativo, dentro de las cuales encontramos las siguientes: *"(i)ser oído durante toda la actuación,(ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso"*

Esas garantías se encuentran relacionadas entre sí, de manera que a modo de ejemplo el principio de publicidad y la notificación de las actuaciones constituyen condición para el ejercicio del derecho de defensa, y la posibilidad de aportar y controvertir las pruebas, una herramienta indispensable para que las decisiones administrativas y judiciales se adopten sobre premisas fácticas plausibles. De esa forma se satisface también el principio de legalidad, pues solo a partir de una vigorosa discusión probatoria puede establecerse si en cada caso se configuran los supuestos de hecho previstos en las reglas legislativas y qué consecuencias jurídicas prevé el derecho para esas hipótesis. Sentencia C-034 de 2014

En este orden de ideas cualquier transgresión a las garantías mínimas mencionadas anteriormente, atentaría contra los principios que gobiernan la actividad administrativa, (igualdad, imparcialidad, publicidad, moralidad y contradicción) y vulneraría los derechos fundamentales de las personas que acceden a la administración o de alguna forma quedan vinculadas por sus actuaciones y en tal medida, se hace efectiva la procedencia de la acción de tutela[1] .

En síntesis, puede decirse entonces que el derecho fundamental al debido proceso se aplica a toda actuación administrativa, lo que significa que las autoridades deben velar por el cumplimiento del principio de legalidad desde el inicio del respectivo procedimiento hasta su terminación. Con ello, se busca delimitar la frontera entre el ejercicio de una potestad legal y una actuación arbitraria y caprichosa.

En lo que respecta a la aplicación de los principios de la función pública a otras formas de ingreso a la función pública distintos de la carrera administrativa, en sentencia C-288 de 2014, la Corte Constitucional expresó:

> El artículo 125 de la Constitución Política establece, como regla general, que el régimen de los empleos estatales es el de carrera administrativa, buscando con ello privilegiar el mérito como criterio de selección y permanencia del personal público. La excepción de la aplicación de la carrera administrativa son los empleos de libre nombramiento y remoción, los de elección popular, y los demás que determine la Ley.

[1] Sobre este asunto, la Corte Constitucional manifiesta que "Cuando las actuaciones administrativas comprometen derechos fundamentales de los ciudadanos, el juez de tutela adquiere competencia, no para intervenir en las discusiones de carácter legal, pero sí para garantizar la protección a los derechos fundamentales.". Sentencia T-154 de 2018 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas).

La facultad de establecer los casos exceptivos de la regla general de pertenencia a la carrera administrativa, en el nivel nacional y en cualquier ámbito territorial, presenta una naturaleza legislativa, *"en cuanto a sus funciones y finalidad dentro del contexto orgánico y funcional en que se realizarán"*.

En virtud de lo anterior, el artículo 1º de la Ley 909 de 2004 señala que: *"De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos: a) Empleos públicos de carrera; b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción; c) Empleos de período fijo; d) Empleos temporales".*

Cada una de estas modalidades de empleo público tiene características muy especiales que diferencian claramente el régimen que les es aplicable, sin embargo, todas éstas son ejercidas en virtud de la función pública, por lo cual a las mismas les son aplicables los principios contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política.

En este sentido, la facultad otorgada al legislador para regular las condiciones y requisitos que se imponen para el acceso a los cargos públicos, tiene como finalidad salvaguardar el interés general (C.P. art. 209) y propender por el logro de los fines esenciales del Estado (C.P. art. 2°). En ese orden de ideas, satisfacen los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, aquellos límites que inequívocamente permiten asegurar la realización de los principios que orientan la función pública, es decir, la eficiencia, economía, igualdad, celeridad, imparcialidad y publicidad (art. 209 C.P.)

La Corte Constitucional ha aplicado en varias ocasiones los principios de la función pública como límite a la interpretación de empleos distintos a la carrera administrativa, tal como lo hizo en el análisis de los empleados supernumerarios en la Sentencia C – 401 de 1998, en la cual consideró que eran aplicables respecto de los mismos los principios de igualdad de oportunidades, eficacia y celeridad.

El artículo 21 de la Ley 909 de 2004 consagra los empleos temporales como una modalidad especial de empleo público distinta al concurso público y al libre nombramiento y remoción, para el cumplimiento de una de cuatro (4) finalidades:

"a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;

b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;

c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;

d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución".

El numeral tercero de esta misma norma contempla dos (2) procedimientos para el ingreso a estos empleos temporales:

(*i*) *Por regla general se deben utilizar las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter temporal.*

(ii) *De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos, cuyas características no se definen expresamente en la ley.*

Posteriormente con la expedición del Decreto 1083 de 2015 el legislador también definió lo que debe entenderse por empleos temporales.

A su vez, mediante el Acuerdo 562 del 5 de enero de 2016 expedido por la CNSC se reglamenta la conformación, organización y uso de las listas de elegibles y del banco nacional de listas de elegibles para las entidades del sistema general de

carrera administrativa que se rigen por la Ley 909 de 2004, dispone en su artículo 11 sobre el uso de las listas de elegibles lo siguiente:

"Artículo 11. Corresponde a la CNSC remitir a las entidades de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores (o persona delegada para ello), la lista de personas con las cuáles se debe proveer definitivamente los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes y que hayan sido objeto del concurso y realizar el cobro respectivo, si a ello hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del presente Acuerdo.

Las vacancias definitivas que se generen en los empleos inicialmente provistos, con ocasión para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, o aquellas que resulten de la listas de elegibles conformada con un número menor de aspirantes al de vacantes ofertados a proveer mediante el uso de una lista de elegibles vigente, o aquellas vacantes cuyo concurso haya sido declarado desierto, serán provistas mediante uso de listas de elegibles previo agotamiento de los tres primeros órdenes de provisión establecidos por el artículo 1º del Decreto 1894 de 2012, el cual modificó el artículo 7º del Decreto 1227 de 2005 (contenido en el Decreto 1083 de 2015), y se realizará en estricto orden de mérito con los elegibles que se encuentren en la lista."

Mientras que los artículos 14 y 15 del citado Acuerdo establecen el procedimiento a seguir para la escogencia del empleo de los elegibles cuando las vacantes se encuentran en distinta ubicación geográfica, así:

"ARTÍCULO 14. Procedibilidad para realizar la audiencia pública para escogencia de empleo. Cuando la CNSC conforme lista de elegibles para uno o varios empleos reportados por las entidades a la Oferta Pública de Empleos de Carrera, con vacantes en diferente ubicación geográfica, se procederá a realizar la audiencia de escogencia de empleo, de acuerdo al orden de mérito establecido en la lista de elegibles y de conformidad con el instructivo que para tal efecto publique la CNSC.

ARTÍCULO 15. Lineamientos para realizar la audiencia de escogencia de empleo.

1. Publicación: Con la publicación de la firmeza de la respectiva lista de elegibles, la CNSC indicará el empleo o empleos objeto de audiencia de escogencia de empleo, para los cuales se especificará la ubicación geográfica en que se encuentran ubicadas las vacantes a proveer.

2. Citación: De conformidad con la delegación efectuada por la CNSC, la citación a la audiencia de escogencia de empleo, la realizará la entidad a través de mecanismos que garanticen la publicidad e inmediatez, en aras de cumplir el término para efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba.

El término para citar y realizar la audiencia de escogencia de empleo, no podrá superar los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que la CNSC publique la firmeza de la lista de elegibles, salvo cuando la entidad requiera realizar la audiencia de forma presencial, caso en cual contará con cinco (5) días hábiles adicionales al término fijado.

3. Desarrollo de la audiencia: La audiencia de escogencia de empleo se podrá realizar de manera presencial o virtual, a elección de la entidad, para lo cual ésta debe seguir el instructivo dispuesto por la CNSC para cada una de las modalidades.

4. Nombramiento en período de prueba: Una vez terminada la audiencia de asignación de empleos, la entidad procederá a realizar el nombramiento en período de prueba de los elegibles.

PARÁGRAFO 1. Cuando la lista se conforme con un único elegible para proveer empleos con vacantes con ubicación geográfica diferente, la audiencia de escogencia de empleo se entenderá surtida con la simple manifestación por escrito que el elegible haga de la ubicación de su preferencia, en la cual se deberá efectuar el nombramiento en período de prueba.

PARÁGRAFO 2. Al elegible que siendo citado a la audiencia de escogencia de empleo, no asista, no designe apoderado o no haya comunicado por escrito a la entidad, la ubicación geográfica de su preferencia, se le asignará en estricto orden de mérito, aquella que se encuentre más cercana al sitio de presentación de la prueba de competencias funcionales.

PARÁGRAFO 3. Las ubicaciones que fueron ofrecidas al momento de la inscripción en la Convocatoria, no pueden ser modificadas durante la audiencia de escogencia de empleo ni durante el período de prueba.

En caso que la entidad, en el desarrollo de la audiencia, ofrezca ubicaciones geográficas diferentes a las ofertadas en la Convocatoria para ese empleo, el elegible deberá abstenerse de escoger alguno de estos aduciendo tal motivo, caso en el cual no será retirado de la lista. Tal situación deberá ser informada por la entidad o el elegible a la Comisión Nacional del Servicio Civil y en todo caso se deberá repetir la audiencia, con la ubicación geográfica que para este empleo reportó la entidad a la Oferta Pública de Empleos de Carrera - OPEC.

En el evento que algún elegible escoja una ubicación geográfica no ofertada en la Convocatoria, una vez la CNSC tenga conocimiento de tal situación, ordenará repetir la audiencia pública de escogencia de empleo, dentro de los términos y condiciones incluidas en la OPEC del proceso de selección.

Ahora, en el caso de quienes participan en concursos de méritos, y una vez superadas todas las etapas, eliminatorias y clasificatorias de éste, hagan parte de una lista de elegibles vigentes, no obstante, no lograron ingresar al sistema de carrera administrativa de la entidad para la cual concursaron, el ordenamiento jurídico, esto es, el artículo 3 del Acuerdo 562 de 2016 creó el Banco Nacional de Listas de Elegibles como "*un sistema de información conformado y administrado por la CNSC, el cual se integra con las listas de elegibles en firme, resultantes de los procesos de selección desarrollados por la CNSC*", cuyo fin es "proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos con ocasión de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 o aquellas que resulten de la listas de elegibles conformada con un número menor de aspirantes al de vacantes ofertados a proveer mediante el uso de una lista de elegibles vigente, o aquellas vacantes cuyo concurso haya sido declarado desierto – artículo 17 Acuerdo 562 de 2016-.

Así las cosas, en el sub lite viene acreditado que el accionante participó de la Convocatoria No. 436 de 2017 adelantada por la CNSC que ocupó el quinto lugar de elegibilidad en la lista de elegibles No CNSC – 20182120135725 del 17-10-2018, respecto al cargo de Oficinista Grado 2 CÓDIGO 58273 del 24 de diciembre de 2018, siendo actualmente elegible y con lista vigente para un cargo TEMPORAL EN EL SENA, con la denominación de Oficinista Grado 2.

De lo anterior, resulta evidente que aunque ciertamente el SENA está haciendo uso de las listas de elegibles vigentes para proveer empleos temporales con denominados Oficinista Grado 2 CÓDIGO 58273 de la planta de personal de dicha entidad, tal procedimiento no se acompasa con lo reseñado en el artículo 21, numeral 3 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 2.2.5.3.5 en concordancia con el Acuerdo 562 de 2016 expedido por la CNSC, ello atendiendo que no reposa prueba en el plenario allegada por las accionadas que dé cuenta de la forma como se conformó la lista de elegibles para el cargo al cual aspiró el accionante en el concurso de méritos adelantado a través de la convocatoria 437 de 2016 mediante el banco nacional de listas de elegibles, atendiendo el perfil de los cargos o el puesto ocupado en la lista por el accionante, y mucho menos se programó audiencia pública para escogencia de empleo, la cual es obligatoria teniendo en cuenta que las vacantes a suplir se encuentran en distintas ubicaciones geográficas, destacándose que la audiencia puede ser realizada de manera virtual; contrario a esto, las entidades accionadas han hecho caso omiso, respecto de sendos empleos denominación Oficinista Grado 2, procedimiento establecido en el parágrafo 1º del artículo 15 del Acuerdo 562 de 2016 solo cuando la lista se conforma con un único elegible para proveer empleos con vacantes con ubicación geográfica diferente, situación que no acontece en el sub lite pues aparecen reportadas varias vacantes a nivel geográfico del país y se debe realizar el trámite conforme a la ley.

En consecuencia, a pesar que el SENA se encuentra en proceso de ofertar los empleos de la planta temporal que se encuentran vacantes con empleados que ostentan derechos de carrera, el proceder desplegado por las entidades accionadas quebranta el derecho al debido proceso de los accionantes, en síntesis, porque no siguieron el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico para proveer vacantes de distintas ubicaciones geográficas respecto de concursantes que superaron todas las etapas de un concurso de méritos y que hacen parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles.

En tal virtud, se considera procedente tutelar el derecho fundamental al debido proceso administrativo del señor JUAN CARLOS ROMERO BOHORQUEZ, por lo cual se ordenará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC- que dentro de un término de noventa y seis (96) horas siguientes contadas a partir de la

notificación de esta providencia, si aún no lo hubiere hecho, conforme el banco nacional de listas de elegibles con todas las listas de elegibles que se encuentren vigentes respeto de los empleos con denominación Oficinista Grado 2 CÓDIGO 58273 de la entidad SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, debiendo tener en cuenta para ello el perfil del empleo para el que concursó el accionante, así como el nivel jerárquico, grado salarial, niveles de estudio, disciplinas, núcleos básicos del conocimiento y las competencias de cada empleo. Igualmente, deberá la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, una vez consolidado el banco nacional de listas de elegibles convocar la realización de la audiencia pública para escogencia de empleo, conforme al procedimiento establecido en el Acuerdo 562 de 2016.

A su vez, el SENA una vez la CNSC de cumplimiento a lo aquí ordenado, deberá proceder a verificar que los elegibles cumplan los requisitos de experiencia, estudios y demás; y sólo cuando éstos se cumplan, podrá proceder al nombramiento de los mismos, a partir de la lista de elegibles generada por el Banco Nacional, en estricto orden de méritos.

Finalmente, y atendiendo que al presente tramite tutelar se vincularon varios de los concursantes de la convocatoria No 436 de 2017, que al igual que el accionante hacen parte de listas de elegibles vigentes para el cargo denominado Oficinista Grado 2 CÓDIGO 58273 pero con distintas OPEC quienes manifestaron su interés de que las resultas de la presente acción constitucional le fueren extendidas al considerar que el actuar de las accionadas violaba sus derechos fundamentales, se accederá a tales peticiones.

Por las consideraciones precedentes se revocará la sentencia impugnada, para en su lugar TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso administrativo del accionante.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia impugnada, de fecha 20 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena, dentro de la acción de tutela promovida por **JUAN CARLOS ROMERO BOHORQUEZ** contra **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC y SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE,** para en su lugar **TUTELAR** el derecho fundamental al debido proceso administrativo del accionante, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR a la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC** representada legalmente por el Dr. FRIDOLE BALLEN DUQUE que en un término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación del presente proveído, a fin que inicie el tramite tendiente a conformar el Banco Nacional de Listas de Elegibles con todas las listas de elegibles que se encuentren vigentes respecto de los empleos con denominación Oficinista Grado 2 CÓDIGO 58273 de la entidad **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA**-, sin que para la consolidación de la citada lista se pueda superar un término de diez (10) días hábiles contados después del término de cuarenta y ocho (48) horas dado inicialmente para la conformación del Banco Nacional de Elegibles, debiendo tener en cuenta para ello el perfil del empleo para el que concursó el accionante, así como el nivel jerárquico, grado salarial, niveles de estudio, las disciplinas, núcleos básicos del conocimiento y las competencias del empleo.

De igual manera, deberá la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC** dentro del mismo término señalado, una vez consolidado el Banco Nacional de Listas de Elegibles, convocar la realización de la audiencia pública la cual podrá realizarse de manera virtual para escogencia de empleo, conforme el procedimiento establecido en el Acuerdo 562 de 2016.

TERCERO: ORDENAR al **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA** que una vez le sea remitido el Banco Nacional de Listas de Elegibles por parte de la **CNSC**, proceda en un término de setenta y dos (72) horas a verificar que los elegibles cumplan los requisitos de experiencia, estudios y demás necesarios para su nombramiento y sólo cuando éstos se cumplan, realice el nombramiento de los mismos, a partir de la lista de elegibles generada por el Banco Nacional, en estricto orden de méritos.

CUARTO: EXTENDER los efectos de la presente sentencia de tutela a todos los concursantes que se encuentran en listas de elegibles vigentes de los empleos con denominación Oficinista Grado 2 CÓDIGO 58273 de la entidad **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA**, que cuenten con el mismo perfil del empleo para el que concursó el accionante, así como el nivel jerárquico, grado salarial, disciplinas, núcleos básicos del conocimiento y las competencias de cada empleo.

QUINTO: Para los efectos indicados en el inciso 2 del Art. 32 del Decreto 2591 de 1991 envíese este proceso a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS FRANCISCO GARCIA SALAS
Magistrado Sala Laboral

CARLOS FRANCISCO GARCIA SALAS
Magistrado Ponente

FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA
Magistrado

JOHNNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS
Magistrada
(Ausencia justificada)

Firmado Por:

CARLOS FRANCISCO GARCIA SALAS
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 002 SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD DE CARTAGENA-BOLIVAR

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

Código de verificación:
219b0c0bdfeccbf3fe05a906abfc2343a056ec2350a3c0e43322e1bf2ea1ad0f
Documento generado en 03/12/2020 12:46:42 p.m.

DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA CIVIL - FAMILIA

MAGISTRADO PONENTE	: PABLO IGNACIO VILLATE MONROY
CLASE PROCESO	: ACCIÓN DE TUTELA
DEMANDANTE	: YULY ANDREA FIGUEROA RONDÓN
DEMANDADO	: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR Y OTRA
RADICACIÓN	: 25286-31-03-001-2020-00423-01
DECISIÓN	: REVOCA SENTENCIA

Bogotá D.C., diecinueve de noviembre de dos mil veinte.

Procede este Tribunal a resolver la impugnación presentada por la accionante, contra el fallo proferido el día 25 de septiembre de 2020, por el Juzgado Civil Circuito de Funza, que negó el amparo constitucional solicitado.

TITULAR DE LA ACCIÓN:

Se trata de la señora YULY ANDREA FIGUEROA RONDÓN, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.119.212.322, mayor de edad, domiciliada en Mosquera (Cund.), quien actúa en nombre propio.

CONTRA QUIÉN SE DIRIGE LA ACCIÓN:

La presente acción se dirige contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC., vinculándose a las personas que integran la lista de elegibles de la convocatoria 433 de 2016 realizada por COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, No. 20182230072595 del 17 de julio de 2018, código OPEC 34274.

DERECHOS CUYA TUTELA SE SOLICITA:

En el escrito de tutela la actora solicita el amparo de los derechos constitucionales fundamentales al DEBIDO PROCESO, ACCESO AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PÚBLICOS y ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA POR MERITOCRACIA, consagrados en la Constitución Política de Colombia.

SITUACIÓN FÁCTICA:

La situación de hecho planteada en el libelo de la tutela se sintetiza así:

1. En 2016 el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, inicio el concurso para proveer las vacantes definitivas de los distintos cargos a nivel nacional; concurso que fue realizado a través de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, y en el cual, la actora participó para el cargo de Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 OPEC 34274, ofertado en la Convocatoria 433 de 2016 para proveer 7 vacantes de la Regional Caquetá, ubicadas en la ciudad de Florencia; el concurso arrojó la lista de elegibles No. 20182230072595 del 17 de julio de 2018, la cual se encuentra en firme, tiene una vigencia de dos años, y venció el 30 de julio de 2020, dentro de la cual la actora ocupo el puesto número 14.

2. Una vez reconformada la lista ocupa la posición 5 en orden de nombramiento, por tanto, debe ser llamada a ocupar uno de los 4 cargos de Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 ubicado en el Centro Zonal Florencia 2, que fueron creados con posterioridad mediante Decreto 1479 de 2017 y reportados ante la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.

3. En el nombramiento de las 4 vacantes anotadas se nombró en el 4 lugar a YANETH LORENA GIRALDO VANEGAS, quien el 13 de julio de 2020 aceptó el nombramiento y solicitó prórroga para posesionarse; al concederse la prórroga y al no materializarse la posesión de GIRALDO VANEGAS, se está quitando la oportunidad a la actora de ser nombrada y posesionada, quien ocupó la posición número 14 en la lista general y la 5 en la recomposición de la misma; por lo que 15 de julio de 2020, presentó petición al I.C.B.F., solicitando estudio de prórroga de YANETH LORENA GIRALDO VANEGAS y nombramiento en periodo de prueba a la actora, petición que realizó dado que la lista de elegibles estaba próxima a vencerse por lo que se debe suspender el término de la lista, como ya lo ha manifestado el Consejo de Estado, hasta que se materialice el nombramiento con la posesión de GIRALDO VANEGAS o de no posesionarse, se nombre a la peticionaria en ese cargo.

4. En respuesta recibida el 16 de julio de 2020, el I.C.B.F le informó a la actora que el 14 de julio de 2020, la entidad otorgó prórroga a YANETH LORENA GIRALDO VANEGAS para la posesión hasta el 10 de septiembre de 2020, considerando como justa causa las razones de la petición de prórroga, aunado que en el I.C.B.F. no se afecta la prestación del servicio, toda vez que se encuentra provisto con un servidor público nombrado con carácter provisional, por lo que no había lugar a reevaluar la prórroga para posesión otorgada y no procede invocar la interrupción de términos de la Resolución 201858223007295 del 17-07-2018, mediante la cual se conformó la lista de elegibles de la OPEC 34274.

5. El Consejo de Estado ha sido enfático sobre la vigencia de las listas de elegibles, en especial, cuando están próximas a vencerse pero el ICBF concedió la prórroga a YANETH LORENA GIRALDO VANEGAS, prórroga que no materializó el nombramiento con la posesión, por lo que se debe hacer el uso de la lista de elegibles 20182230072595 del 17 de Julio de 2018, teniendo en cuenta que hay elegibles y quedó un solo cargo por proveer en carrera administrativa;

además, es poco razonable que una funcionaria de la Procuraduría General de la Nacional como es YANETH LORENA GIRALDO VANEGAS, suscribiera un oficio solicitando una prórroga argumentando que era el tiempo razonable para dejar su cargo al día, situación que a la luz fue una simple táctica que buscaba que con el vencimiento de la lista, quedara el señor JORGE ANDRÉS GALVIS TRUJILLO nombrado en provisionalidad y no permitir el nombramiento de la actora en carrera.

6. La actora solicitó aclaración a la respuesta a su petición, y el I.C.B.F. en comunicado del 28 de julio de 2020, le informó que no procede invocar la interrupción de términos de la Resolución 201858223007295 del 17-07-2018, mediante la cual se conformó la lista de elegibles de la OPEC 34274.; que de no materializarse la posesión de YANETH LORENA GIRALDO VANEGAS, no es posible realizar el nombramiento de la actora toda vez que la Resolución 20182230072595 del 17 de julio de 2018, cobro firmeza el día 31 de julio de 2018; reiterando que el nombramiento de YANETH LORENA GIRALDO VANEGAS se encuentra vigente y goza de las garantías establecidas en el Decreto 648 de 2017.

7. Al no materializarse el nombramiento de YANETH LORENA GIRALDO VANEGAS, ya que no se posesionó dentro del plazo que le otorgó el I.C.B.F., esto es, hasta el 10 de septiembre de 2020, está vacante sigue ocupada por JORGE ANDRÉS GALVIS TRUJILLO en provisionalidad, quitándole el derecho que le asiste a la actora por hacer parte de la lista de elegibles. La C.N.S.C ha sido clara en la recomposición automática de las listas de elegibles la cual se da cuando quien es llamado a ser nombrado y no acepta o no se posesionen dentro de los términos legales, automáticamente quien le sigue será llamado a ocupar ese lugar, en ese caso le corresponde a la actora, quien ocupo la posición número 14 en la lista de elegibles.

8. En las diferentes peticiones enviadas al I.C.B.F. de fechas 7 de marzo, 21 de mayo, 9 de junio, 15 y 21 de julio de 2020, la actora ha solicitado su nombramiento en periodo de prueba, toda vez que se encuentra en lista de elegibles No. 20182230072595 del 17 de julio de 2018, con el fin de que no se le genere un perjuicio irremediable, ya que esta lista venció el 30 de julio de 2020, pero el I.C.B.F. ha faltado al deber legal, actuado de manera incongruente y negligente en las diferentes respuestas dadas a la actora.

9. A la fecha el empleo se encuentra provisto mediante nombramiento provisional, situación que deslegitima el concurso de méritos; y partiendo del pronunciamiento del Consejo de Estado el cual es claro y afirma que hasta que no se resuelvan todas la situaciones administrativas dentro del concurso, para este caso la prorroga dada a YANETH LORENA GIRALDO VANEGAS, la lista de elegibles no pierde vigencia por consiguiente se debe realizar el nombramiento de la actora en la cuarta plaza que ya fue autorizada por la C.N.S.C.

10. Otra participante del concurso JAZMÍN MARINA ORTIZ GODOY presentó acción de tutela, donde se vinculó a todas las personas que figuran en las listas de elegibles emitida por la C.N.S.C, de la que conoció el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Florencia - Caquetá, radicado: 2020-00139-00, donde se profirió fallo sin que se resolvieran de fondo las peticiones de la actora.

11. En anterior oportunidad la actora presentó acción de tutela solicitando ordenar al I.C.B.F, reportar la 5ª vacante definitiva del cargo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 ubicada en el Centro Zonal Florencia 1; y se solicite la autorización a la C.N.S.C, para realizar su nombramiento en la 5ª vacante existente, en el Centro Zonal Florencia **1**, de la Regional Caquetá, ocupada con nombramiento provisional, pero tal reclamo constitucional no prosperó.

12. Por lo anterior solicita: i) ordenar al I.C.B.F., que en un término no superior a 48 horas, realice el proceso administrativo para el nombramiento de la actora en el cargo Defensor de Familia código 2125, grado 17 ubicado en el Centro Zonal Florencia **2**, teniendo en cuenta que ocupa la posición número 14 en la lista de elegibles y por consiguiente en la recomposición de la lista ocupa el puesto número 4 y le asiste el derecho a ocupar la plaza que fue aceptada pero que en la que no se posesionó YANETH LORENA GIRALDO VANEGAS; ii) ordenar al I.C.B.F., que en un término no superior a 48 horas solicite la autorización a la C.N.S.C., para realizar su nombramiento en la vacante existente, en el Centro Zonal Florencia **2**, de la Regional Caquetá, la cual fue reportada con anterioridad a la C.N.S.C.; iii) ordenar a la C.N.S.C.que un término no superior a tres días, realice la autorización del uso de la lista de elegibles, de la posición número 14, debido a la no posesión y no materialización del nombramiento de YANETH LORENA GIRALDO VANEGAS, quedando la situación administrativa de la posesión por resolverse; iv) se le indique límites en tiempo al I.C.B.F. y a la C.N.S.C., para realizar los trámites administrativos y financieros; v) se ordene la vinculación a la presente

acción de tutela, a todos los integrantes de la lista de elegibles y se notifique al señor JORGE ANDRÉS GALVIS TRUJILLO quien ocupa el cargo en provisionalidad de la presente acción, para que se pronuncie al respecto; y vi) Ordenar a la C.N.S.C. y al I.C.B.F., publicar en sus páginas WEB la presente acción de tutela.

13. En su respuesta el I.C.B.F. indicó que el reclamo constitucional deviene improcedente, por cuanto la actora cuestiona la aplicación de un acto de carácter general, proferido por la C.N.S.C., denominado "Criterio unificado sobre el uso de listas de elegibles a la luz de la Ley 1960 de 2019" del 16 de enero de 2020, el cual se encuentra en firme y se presume su legalidad; y que la accionante exige su nombramiento en un cargo para el que es procedente solicitar el uso de la lista de elegibles, no obstante, no es viable efectuar el nombramiento de la accionante por cuanto el lugar que ocupa en la lista de elegibles no le otorga el derecho a ser nombrada atendiendo el número de vacantes a proveer.

14. En su respuesta la C.N.S.C. informó que independientemente que Yaneth Lorena Giraldo Vanegas haya aceptado o no el nombramiento, situación de la no tiene certeza la C.N.S.C., lo cierto es que la lista de elegibles perdió vigencia el 30 de julio de 2020, es decir, el acto administrativo ya no tiene ninguna validez; que Yuly Andrea Figueroa Rondón ocupó la posición 14, en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC – 201822300772595 del 17 de julio de 2018, pero no alcanzó el puntaje requerido para ocupar posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo, de conformidad con el número de vacantes ofertadas, así como las generadas con posterioridad.

15. En su respuesta el vinculado JORGE ANDRÉS GALVIS TRUJILLO indicó que actora ya había presentado acción de tutela por los mismos hechos la cual fue negada en primera y segunda instancia; que la lista de elegibles se encuentra vencida desde el 30 de julio de 2020; y que la actora no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable.

EL FALLO IMPUGNADO:

En su fallo la señora Juez de primera instancia consideró que si bien la actora había presentado acción de tutela con anterioridad, los hechos y pretensiones que ahora alega no hicieron parte del anterior reclamo constitucional, por lo que resulta procedente el estudio correspondiente, sin que se configure temeridad alguna; que la actora no ha acudido a los medios judiciales idóneos y eficaces para la protección de sus derecho; que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario y no principal; que tampoco es procedente el presente amparo constitucional como mecanismo transitorio, puesto que no se encuentra acreditado la ocurrencia de un perjuicio irremediable, máxime cuando de acuerdo con lo esgrimido por las accionadas y ratificado por la tutelante, la lista de elegibles No. 20182230072595 del 17 de julio de 2018 a la que pertenece, venció el 30 de julio de 2020, asunto en el que la juzgadora no puede entrometerse, cuando no se ha acreditado al plenario que dicha determinación contraríe el ordenamiento jurídico y, tenga la fuerza de vulnerar algún derecho fundamental. Por lo anterior, negó el amparo constitucional reclamado.

LA IMPUGNACIÓN:

La actora en tutela impugnó el fallo de primera instancia, señalando que busca precisamente que no se le ocasionen el daño irremediable al no ser nombrada en una de las cuatro plazas que fueron ofertadas por el I.C.B.F., haciendo aplicación del criterio unificado del 16 de enero de 2020, por medio del cual se estableció la entrada en vigencia parcialmente de la Ley 1960 de 2019; que no era procedente otorgar una prórroga dentro de un término superior a la vigencia de la lista, máxime cuando las razones dadas para ello carecían de credibilidad, vulnerándose de esta manera sus derechos fundamentales al no ser nombrada en periodo de prueba; que actualmente reside en Mosquera (Cund.) y su familia y su esposo están radicados en La Montañita – Caquetá, situación que

ha generado distintas situaciones de índole familiar; que es urgente que se dé solución a una situación administrativa que quedó en el limbo, como fue la prórroga concedida a YANETH LORENA GIRALDO VANEGAS, por un término superior al del vencimiento de la lista; que no hay otro mecanismo de defensa como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que no existe un acto administrativo de carácter particular que genere una vulneración directa a sus derechos fundamentales; que solicitó al I.C.B.F. no se diera una prórroga superior a la vigencia de la lista pero su solicitud no fue atendida.

CONSIDERACIONES:

DE LA ACCIÓN DE TUTELA:

Nuestra Carta Política consagra desde su preámbulo, el Estado Social de Derecho, el respeto a la dignidad humana, los derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, etc.; todo enmarcado con la finalidad de asegurar la convivencia, el trabajo, la igualdad, la libertad y la paz desde una óptica jurídica, democrática, pluralista y participativa, garantizando un orden político y social justo.

Es así, que en su artículo 86, establece la acción de tutela como mecanismo especial para la salvaguarda de los derechos fundamentales, para la protección inmediata de éstos, cuando "resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública".

La acción de tutela es un instrumento jurídico, que la Carta Política ha confiado a los jueces, con el propósito de brindar a los ciudadanos la posibilidad de acudir a la jurisdicción sin mayores requerimientos de índole formal y a falta de otro medio judicial de defensa, para que se protejan de quebranto o amenaza

sus derechos fundamentales, logrando el cumplimiento de uno de los fines esenciales del Estado, consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

La procedencia de esta acción la determina, entre otros aspectos, la inexistencia de otros mecanismos de defensa a través de los cuales sea posible la protección de tales derechos cuando estén siendo vulnerados o puestos en peligro, o que existiendo otro medio de defensa, se invoque como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable.

Sobre el debido proceso administrativo señaló la H. Corte Constitucional en sentencia T-555 de 7 de julio de 2010, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio:

> "3.4. De lo anteriormente expuesto, se destacan las siguientes conclusiones: (i) el derecho al debido proceso administrativo es de rango constitucional, ya que se encuentra consagrado en el artículo 29 superior; (ii) este derecho involucra todas las garantías propias del derecho al debido proceso en general, como son, entre otras, los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria, el derecho de impugnación, y la garantía de publicidad de los actos de la Administración; (iii) por lo tanto, el derecho al debido proceso administrativo no existe solamente para impugnar una decisión de la Administración, sino que se extiende durante toda la actuación administrativa que se surte para expedirla, y posteriormente en el momento de su comunicación e impugnación; (iv) el debido proceso administrativo debe responder no sólo a las garantías estrictamente procesales, sino también a la efectividad de los principios que informan el ejercicio de la función pública, como son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; (v) la adecuada notificación de los actos administrativos de carácter particular tiene especial importancia para garantizar el derecho al debido proceso administrativo, y los principios de publicidad y de celeridad de la función administrativa; (vi) como regla general las actuaciones administrativas de carácter general o particular están reguladas por el Código Contencioso Administrativo, pero existen *"procedimientos administrativos especiales"* que, según

lo indica el artículo 1° del mismo Código, se regulan por leyes especiales."[1]

CASO CONCRETO:

Se señala en el escrito de tutela que las entidades acusadas vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, acceso al desempeño de funciones y cargos públicos y acceso a la carrera administrativa por meritocracia, de la actora YULY ANDREA FIGUEROA RONDÓN, por cuanto el I.C.B.F. concedió prórroga a YANETH LORENA GIRALDO VANEGAS para tomar posesión del cargo, por un término superior al del vencimiento de la lista de elegibles, de la cual hacía parte la accionante, cercenándole la posibilidad de ser nombrada en el cargo Defensor de Familia código 2125, grado 17 ubicado en el Centro Zonal Florencia **2**, teniendo en cuenta que ocupa la posición 5, una vez reconformada la lista, máxime cuando solicitó ser nombrada en periodo de prueba de no posesionarse YANETH LORENA GIRALDO VANEGAS, causándosele un perjuicio irremediable.

Revisado el plenario se observa que 15 de julio de 2020, la accionante presentó petición al I.C.B.F., solicitando se estudiara de fondo la prórroga que le había sido concedida a YANETH LORENA GIRALDO VANEGAS; que se nombrará a la actora en periodo de prueba para el cargo Defensor de Familia código 2125, grado 17 ubicado en el Centro Zonal Florencia 2 de la Regional Caquetá; que se suspendiera el término de vencimiento de la lista de elegibles No. 20182230072595 del 17 de julio de 2018 hasta que se materializara el nombramiento de YANETH LORENA GIRALDO VANEGAS con la posesión; y de no posesionarse se llamara a la actora a ocupar la plaza de Defensor de Familia código 2125, grado 17 ubicado en el Centro Zonal Florencia **2** de la Regional Caquetá (Fl. 62 a 70 C-1).

[1] Ver sentencia T-103 de 2006.

El 16 de julio de 2020 el I.C.B.F. dio respuesta a la petición de la actora informándole que: "*El ICBF consideró como justa causa las razones de la petición de prórroga de la señora Giraldo Vanegas, en el entendido de la vinculación laboral que describe y las responsabilidades de la misma, aunado que en el ICBF no se afecta la prestación del servicio, toda vez que el cargo en el cual se posesionará el 10 de septiembre de 2020 la señora Giraldo Vanegas, se encuentra provisto con un servidor público nombrado con carácter provisional. Conforme a lo anterior, no hay lugar a reevaluar la prórroga para posesión otorgada a la señora YANETH LORENA GIRALDO VANEGAS, y por consiguiente al encontrarse dentro de los términos de ley, no procede invocar la interrupción de términos de la Resolución 201858223007295 del 17/07/2018, mediante la cual se conformó la lista de elegibles de la OPEC 3474"* (Fls. 71 y 72 C-1).

El 21 de julio de 2020 la actora solicitó aclaración de la respuesta puesto que nada se definió frente a la no materialización del nombramiento de la señora YANETH LORENA GIRALDO VANEGAS con la posesión; o si se llamaría a la actora para ocupar la plaza vacante en caso que la citada no se posesionara (Fl. 73 a 84 C-1).

El 28 de julio de 2020 el I.C.B.F. le indicó a la actora que i) *"no procede invocar la interrupción de términos de la Resolución 20182230072595 del 17-07-2018, mediante la cual se conformó la lista de elegibles de la OPEC 34274*"; ii) "*De no materializar la posesión de la señora YANETH LORENA GIRALDO VANEGAS, no es posible realizar su nombramiento toda vez que la Resolución20182230072595 del 17 de julio de 2018, cobro firmeza el día 31 de julio de 20148"* y iii) "*Reitero que el nombramiento de la señora GIRALDO VANEGAS se encuentra vigente y goza de las garantías establecidas en el Decreto 648 de 2017…"* (Fl. 85 a 88 C-1).

Visto lo anterior, encuentra la Sala que el I.C.B.F. no dio una respuesta concreta a la accionante, frente a la posibilidad de que la señora YANETH LORENA GIRALDO VANEGAS no se posesionara al finalizar el término de la prórroga concedida, solicitando se le nombrara en periodo de prueba ante tal eventualidad; nótese que la accionante hizo tal solicitud el 15 de julio de 2020, valga decir, antes del vencimiento de la lista de elegibles, esto es, el 30 de julio de 2020.

Así las cosas, es evidente que ante la concesión de prórroga de posesión de la señora YANETH LORENA GIRALDO VANEGAS hasta el 10 de septiembre de 2020, según informa el I.C.B.F., fecha para la cual ya había vencido la lista de elegibles, 30 de julio de 2020, se encontraba una situación administrativa pendiente de resolver, valga decir, la eventual no posesión del cargo de la señora GIRALDO VANEGAS, por lo que el I.C.B.F. debió observar que ante la posibilidad de que la nombrada no se posesionara el derecho de la persona que seguía en turno de lista seguía vigente; nótese que la vacante fue ofertada cuando la lista se encontraba vigente, y como tal provisión no se materializó, debe entenderse que la oferta del cargo quedó pendiente de surtirse con quien seguía en lista de elegibles.

No pretende la Sala desconocer la prórroga concedida a la señora YANETH LORENA GIRALDO VANEGAS para posesionarse, empero, al haberse extendido la prórroga (10-sept.-20) más allá del vencimiento de la lista (30-julio-20), aspecto que advirtió la accionante desde el 15 de julio de 2020; ante la no posesión de la señora GIRALDO VANEGAS, se debió proveer el cargo con la persona que seguía en turno en la lista de elegibles, pese a que la mentada lista hubiese vencido el 30 de julio de 2020, pues se reitera que en este caso se encontraba una situación administrativa pendiente por resolver, valga decir, si la

nombrada YANETH LORENA GIRALDO VANEGAS se posesionaba o no en el cargo, dada la prórroga que le había sido concedida para su posesión.

En otras palabras, la expiración de la lista de legibles no imposibilitaba proveer la vacante ofertada. Al respecto la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia 25000-23-42-000-2019-00730-01(AC), del 8 de agosto de 2019 con ponencia del Consejero Ponente Dr. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, expuso:

> "4.3. Así las cosas, la Sala encuentra que la expiración de la lista no constituye una justificación válida para abstenerse de proveer todas las vacantes ofertadas, porque **i)** la accionante solicitó su nombramiento antes del vencimiento de la lista para alguno de los cargos vacantes y **ii)** admitir el razonamiento de la entidad accionada sería desconocer las finalidades de la carrera administrativa, el rol constitucional del principio al mérito y los esfuerzos económicos y organizacionales en que incurre el Estado para que todos los cargos ofertados se provean con las personas merecedoras señaladas en la lista.
>
> Por consiguiente, no es aceptable el argumento que se funda en la "imposibilidad" de proveer todas las vacantes ofertadas, por el vencimiento de la lista de elegibles…"

Se sigue de lo dicho, que ante la situación administrativa pendiente de resolver, debió el I.C.B.F. hacer uso de la lista de elegibles, para nombrar a la persona que siguiera en turno, una vez vencido el término de prórroga concedido a YANETH LORENA GIRALDO VANEGAS, sin que hubiese tomado posesión del cargo, nótese que el cargo no había sido proveído, siendo ofertado cuando la lista se encontraba vigente.

Conforme con lo anterior, la Sala amparará el debido proceso administrativo de YULY ANDREA FIGUEROA RONDÓN, y ordenará al I.C.B.F. que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, reporte la

vacante existente con ocasión de la no posesión de la señora YANETH LORENA GIRALDO VANEGAS, valga decir, Defensor de Familia código 2125, grado 17 ubicado en el Centro Zonal Florencia **2** de la Regional Caquetá y solicite ante la C.N.S.C. el uso de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC – 20182230072595 del 17 de julio de 2018, para el empleo identificado con el Código OPEC No. 34274, denominado Defensor de Familia Código 2125, Grado 17, ofertado en la convocatoria No. 433 de 2016 – I.C.B.F., incluyendo las creadas mediante Decreto 1479 de 2017, con el fin de proveer tal vacante; a su vez se ordenará a la C.N.S.C. que una vez solicitado el uso de la lista de elegibles por parte del I.C.B.F., dentro del término de 10 días hábiles siguientes, autorice el uso de la lista de elegibles y la remita al I.C.B.F.; entidad que en el término 3 días hábiles, siguientes al recibo de la lista de elegibles por parte de la C.N.S.C, debe adelantar los trámites administrativos necesarios para nombrar a la persona que siga en turno de la lista de elegibles, para la vacante reportada por el I.C.B.F. y a la que se refiere la presente acción de tutela.

En consecuencia, se revocará el fallo de primera instancia y en su lugar se concederá el amparo constitucional solicitado, conforme a lo expuesto en esta providencia. Se ordenará la remisión del expediente a la H. Corte Constitucional para la eventual revisión de este fallo.

DECISIÓN:

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en Sala Civil - Familia de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **REVOCA** la sentencia impugnada, esto es, la proferida el 25 de septiembre de 2020, por el Juzgado Civil Circuito de Funza, y en su lugar,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso administrativo de la señora YULY ANDREA FIGUEROA RONDÓN.

SEGUNDO: Ordenar al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, reporte la vacante existente con ocasión de la no posesión de la señora YANETH LORENA GIRALDO VANEGAS, valga decir, Defensor de Familia código 2125, grado 17 ubicado en el Centro Zonal Florencia **2** de la Regional Caquetá y solicite ante la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el uso de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC – 20182230072595 del 17 de julio de 2018, para el empleo identificado con el Código OPEC No. 34274, denominado Defensor de Familia Código 2125, Grado 17, ofertado en la convocatoria No. 433 de 2016 – I.C.B.F, incluyendo las creadas mediante Decreto 1479 de 2017, con el fin de proveer tal vacante.

TERCERO: Ordenar a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL que una vez solicitado el uso de la lista de elegibles por parte del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, dentro del término de 10 días hábiles siguientes, autorice el uso de la lista de elegibles y la remita al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.

CUARTO: Ordenar al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR que en el término 3 días hábiles, siguientes al recibo de la lista de elegibles por parte de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, debe adelantar los trámites administrativos necesarios para

nombrar a la persona que siga en turno de la lista de elegibles, para la vacante reportada por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y a la que se refiere la presente acción de tutela.

QUINTO: Comuníquese esta determinación a las partes de la presente acción.

SEXTO: Remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para la eventual revisión de esta sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Pablo I. Villate M.

PABLO IGNACIO VILLATE MONROY

Magistrado

JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS

Magistrado

JAIME LONDOÑO SALAZAR

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
MAGISTRADO PONENTE: JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR

Bucaramanga, once (11) de diciembre del dos mil veinte (2020)

	ACCIÓN:	**TUTELA (SEGUNDA INSTANCIA)**
De	**ACCIONANTES:**	**CARMEN ALICIA ZAMBRANO NAVARRO**
	ACCIONADOS:	**COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC- SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA-**
	RADICADO:	**680813333013-2020-00213-01** atencionalciudadano@cnsc.gov.co mileniospa@hotmail.com atencionalciudadano@sena.gov.co

conformidad con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 este Tribunal conoce de la **IMPUGNACIÓN** formulada por la parte accionada **LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC Y EL SERVICIO NACIONAL DE APREDNIDAZAJE- SENA** contra la sentencia del 23 de octubre 2020, proferida por el Juzgado Trece Administrativo Oral de Bucaramanga, mediante la cual tutelo el derecho al debido proceso de la señora CARMEN ALICIA ZAMBRANO NAVARRO.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Manifiesta la accionante que la Comisión Nacional del Servicio civil en cumplimiento a la Ley 909 de 2004 realizó la convocatoria número 436 del 2017, a través del Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, para proveer el cargo de instructor, código 3010, grado 1, de la planta de empleos del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA.

Seguidamente, la CNSC producto de la convocatoria expidió la resolución de lista de elegibles No. CNSC – 20182120190975 del 24 de diciembre de 2018 para proveer una (1) vacante de la OPEC No. 59399, con la denominación de instructor, código 59399, grado 1 en la que figura ocupando el segundo lugar de elegibilidad con 81.34 puntos definitivos de la convocatoria.

Manifiesta que el SENA con posterioridad a la Convocatoria 436 de 2017 crea 565 cargos temporales con la denominación instructor código 3010 grado 1, que en sesiones del 26 y 28 de enero y del 2 y 11 de febrero de 2016 de acuerdo con la sentencia C-288-2014 las vacancias temporales en las entidades deben ser cubiertas con las listas de elegibles vigentes en las respectivas entidades al igual que en la Ley 909 de 2004, artículo 21 numeral 3, de igual manera cada vez que surta o quede una vacante temporal y existan listas de elegibles.

Expone que en el mes de junio de 2019 un grupo de elegibles **peticionó al SENA** para que suministrara información al respecto e hiciera uso de la lista de elegibles con todos los cargos temporales, que el SENA **en respuesta masiva señal**ó:

(…)

Cordial Saludo:

En atención a su comunicación del asunto, de manera atenta le informo lo siguiente en el orden que lo solicita:

1. Los 800 empleos de planta temporal se crearon el 17 de julio de 2017, mediante Decreto 553 de 2017 *"Por el cual se crea una planta de empleos temporales en el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y se dictan otras disposiciones"* y fueron distribuidos mediante Resolución 715 de 2017 *"Por la cual se distribuyen los cargos de la planta de empleos temporales creada para el SENA por el Decreto 553 de 2017",* que le anexo en copia y en los cuales usted podrá encontrar la fecha de creación y la denominación de los cargos creados.

Las funciones y requisitos de cada cargo temporal se encuentran en la Resolución 1694 del 28 de septiembre de 2017 *"Por la cual se adopta el Manual Especifico de Funciones y de Competencias Laborales para /os Empleos Temporales de la Planta de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA*" y sus anexos, la cual puede ser consultada en el siguiente link: http://www.sena.edu.co/es-co/sena/Paginas/manua-funciones.aspx.

La vigencia actual de cada uno de los cargos temporales del SENA es hasta el 15 de Julio de 2019 de acuerdo a lo señalado en el Decreto 2147 de 2017 *"Por el cual se prórroga la vigencia de la planta de empleos temporales del Servicio Nacional de Aprendizaje·- SENA creada mediante el Decreto 553 de 2017".*

2. Actualmente la entidad se encuentra gestionando ante las entidades competentes (Departamento Nacional de Planeación, Departamento Administrativo de la Función Pública, Ministerio de Trabajo, Ministerio de Hacienda y Presidencia) la prórroga de la planta temporal hasta el 31 de diciembre de 2019.

3. Una vez creados los empleos de la planta temporal, la Entidad en cumplimiento de lo señalado en el artículo 21 de Ley 909 de 2004, solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil verificar la existencia de listas de elegibles para provisión de dichos empleos, sobre los cuales la CNSC señaló la NO existencia de lista de elegibles.

Posteriormente se realizó el proceso de encargo de los funcionarios de carrera administrativa.

Con los empleos restantes, se realizaron dos convocatorias públicas en la vigencia 2017, logrando proveer **752 empleos temporales** y 48 cargos quedaron desiertos.

Como resultado de las convocatorias públicas anotadas, se constituyeron listas con orden de provisión, que tienen vigencia de 2 años, razón por la cual, se ha continuado la provisión de los empleos que han venido quedando vacantes y que cuentan con lista vigente para nombramiento en planta temporal.

4. Se relacionan a continuación los empleos de la planta temporal, que, desde el mes de noviembre de 2018 a la fecha, se han provisto con las listas conformadas en virtud de las convocatorias públicas.

Denominación	Código	Grado	fecha de creación	fecha de posesión
Instructor G13	301013	13	17/07/2017	17/06/2019
Instructor G10	301010	10	17/07/2017	08/04/2019
Instructor G06	301006	06	17/07/2017	04/06/2019
Instructor G08	301008	08	17/07/2017	04/06/2019
Instructor G11	301011	11	17/07/2017	04/06/2019
Instructor G10	301010	10	17/07/2017	04/06/2019
Instructor G10	301010	10	17/07/2017	04/06/2019
Instructor G11	301011	11	17/07/2017	02/05/2019
Instructor G11	301011	11	17/07/2017	08/04/2019
Instructor G08	301008	08	17/07/2017	01/04/2019
Profesional G10	301010	10	17/07/2017	05/04/2019
Instructor G11	301011	11	17/07/2017	05/06/2019
Instructor G12	301012	12	17/07/2017	05/06/2019
Instructor G10	301010	10	17/07/2017	05/06/2019
Instructor G06	301006	06	17/07/2017	05/06/2019
Instructor G09	301009	09	17/07/2017	02/05/2019
Instructor G15	301015	15	17/07/2017	02/05/2019
Instructor G08	301008	08	17/07/2017	07/05/2019
Instructor G11	301011	11	17/07/2017	09/05/2019
Instructor G14	301014	14	17/07/2017	10/06/2019

Profesional G08	301008	08	17/07/2017	13/03/2019
Instructor G10	301010	10	17/07/2017	13/03/2019
Instructor G09	301009	09	17/07/2017	10/05/2019
Instructor G11	301011	11	17/07/2017	01/04/2019
Instructor G09	301009	09	17/07/2017	11/04/2019
Instructor G11	301037	11	17/07/2017	02/04/2019
Instructor G10	301038	10	17/07/2017	12/04/2019
Profesional G09	301039	09	17/07/2017	01/04/2019

Los empleos anteriormente relacionados, fueron provistos inicialmente como resultado de la convocatoria pública y se realizó nuevamente su provisión, por la renuncia de quienes fueron nombrados.

Vale la pena resaltar que los cargos que se encuentran vacantes a la fecha y cuentan con lista conformada, como resultado de las convocatorias públicas, se encuentran en proceso de provisión, hasta el 15 de julio de 2019.

5. Como se ha explicado a lo largo de este escrito, la provisión de la planta vigente hasta el 15 de julio de 2019, se realizó en los términos señalados en la normatividad vigente; ahora bien, como también lo señalamos, en el evento que la planta temporal sea prorrogada, será necesario realizar la provisión de todos los empleos que se encuentren vacantes, para lo cual se dará estricta aplicación a lo establecido en el artículo 2.2.5.3.5 del Decreto 648 de 2017, que señala:

"Artículo 2.2.5.3.5 Provisión de empleos temporales. Para la provisión de los empleos temporales de que trata la Ley 909 de 2004, los nominadores deberán solicitar las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil teniendo en cuenta las listas que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles y que correspondan a un empleo de la misma denominación, código y asignación básica del empleo a proveer.

En caso de ausencia de lista de elegibles, los empleos temporales se deberán proveer mediante la figura del encargo con empleados de carrera de la respectiva entidad que cumplan con los requisitos y competencias exigidos para su desempeño. Para tal fin, la entidad podrá adelantar un proceso de evaluación de las capacidades y competencia de los candidatos y otros factores directamente relacionados con la función a desarrollar.

En caso de ausencia de personal de carrera, con una antelación no inferior a diez (10) días a la provisión de los empleos temporales, la respectiva entidad deberá garantizar la libre concurrencia en el proceso a través de la publicación de una convocatoria para la provisión del empleo temporal en la página web de la entidad. Para la valoración de las capacidades y competencias de los candidatos la entidad establecerá criterios objetivos.

El término de duración del nombramiento en el empleo de carácter temporal será por el tiempo definido en el estudio técnico y de acuerdo con la disponibilidad presupuestal, el cual se deberá definir en el acto de nombramiento".

En los anteriores términos se da respuesta a su solicitud.

..."

Expone que el SENA a pesar de existir listas de elegibles vigente, han realizado nombramientos desde abril a junio del 2019 con otras personas que no se encuentran en listas de elegibles, por lo anterior, afirma que se le vulnera su derecho como concursante y en el que se encuentra en lista de elegible.

De otra parte, manifiesta que en atención a la respuesta emitida por el SENA, en el mes de julio de 2019 un grupo de elegibles, peticionó a la CNSC, quien en respuesta masiva manifestó que el 27 de julio de 2018 el SENA le solicitó a la entidad el envío de listas de elegibles para proveer 110 empleos de carácter temporal creados mediante Decreto 553 de 2017, petición que fue atendida en el sentido de informarle que para dicha fecha, no existían listas de elegibles proferidas en desarrollo de la Convocatoria 436 de 2017, por lo que el SENA debió agotar los demás órdenes de provisión de los empleos temporales.

Así mismo, expone que con posterioridad a la expedición de las listas de elegibles de la Convocatoria 436 de 2017, en el SENA se generaron varias vacantes temporales y sin embargo ni el SENA ni la CNSC garantizaron el debido proceso, haciendo uso de las listas de elegibles frente a los cargos temporales a pesar que la planta temporal del SENA amplió su vigencia el 10 de julio de 2019.

Afirma que el Sena en el mes de octubre de 2020 le envió un correo electrónico solicitándole la manifestación de aceptación o rechazo para vincularla en un empleo vacante de la planta temporal, según un listado de empleos que se elaboró a partir de un análisis de la denominación, código y asignación básica de las vacantes de la planta temporal, informándoles que pueden postularse únicamente a una (1) de las vacantes relacionadas.

Advierte que el SENA y la CNSC empezaron a darle parcial cumplimiento a las normas de carrera al hacer uso de lista de elegibles con los cargos temporales, no obstante, las mismas deben realizar una audiencia pública de todos los cargos temporales teniendo en cuenta los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad contemplado en la sentencia C – 288 de 2014.

Así mismo, no están de acuerdo que el SENA limite a los concursantes a escoger una sola vacante entre muchos, lo que conllevaría a que muchos concursantes con buenos puntajes se queden por fuera mientras otros con puntajes inferiores se vinculen. De igual manera, considera que como la planta del SENA es global y flexible tiene la autonomía para trasladar los cargos incluso cambiarles los perfiles a los mismos. Finalmente, concluyen que las entidades les están vulnerando el derecho al debido proceso administrativo.

2. Pretensiones

De conformidad con los hechos expuestos, la parte actora solicita:

> "**PRIMERO.** Que, se restablezcan los derechos fundamentales **A LA GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, IGUALDAD, TRABAJO, DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VIA MERITO, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA Y LOS QUE EL DESPACHO CONSIDERE PERTINENTES, VULNERADOS U AMENAZADOS**, de **CARMEN ALICIA ZAMBRANO NAVARRO,** mayor de edad e identificada con cédula de ciudadanía No **63481041** y se ordene de manera inmediata a la **CNSC** y al **SENA seleccionar todos los empleos denominados INSTRUCTOR de la Planta Temporal del SENA por perfiles de los empleos, y núcleos básicos del conocimiento,** en un término No superior a 48 horas.
>
> **SEGUNDO:** Ordenar a la CNSC y al SENA, realizar una recomposición de listas del banco de listas de elegibles en estricto orden de mérito para proveer todos los empleos denominados INSTRUCTOR de la Planta Temporal del SENA, de acuerdo a su similitud funcional con los cargos temporales.
>
> **TERCERO:** Ordenar a la CNSC y al SENA que, una vez se haya realizado la selección de los empleos por perfil y núcleos básicos del conocimiento, y se haya realizado la recomposición del banco de lista de elegibles, se debe realizar una audiencia pública (virtual) para proveer todos los empleos denominados **INSTRUCTOR** de la Planta Temporal del SENA, para que los nombramientos se realicen en estricto orden de Mérito. En un término No superior a 48 horas y en caso de que el tutelante se encuentre en posición meritoria, se le debe realizar su nombramiento en un cargo temporal.
>
> **CUARTO**: ORDENAR A LA CNSC Y AL SENA rendir un informe escrito a este Despacho, con los soportes respectivos, dentro de un término igual y siguiente al concedido para el cumplimiento del presente fallo."

II. CONTESTACION DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS

1.- SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA

El Coordinador del Grupo Regional de Gestión de Talento Humano del Sena – Regional Santander manifestó que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, realizó la Convocatoria 436 de 2017, a través del Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, con el fin de proveer definitivamente los empleos vacantes del personal perteneciente al sistema general de carrera administrativa del SENA.

Afirma que la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC- con base a los resultados de la convocatoria 436 de 2017 conformó listas de elegibles para cada uno de los empleos a los que concursaron los accionantes, lo anterior, atendiendo lo estipulado en el artículo 58 del Acuerdo No. 20171000000116 de 2017, y en concordancia con lo estipulado por el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, lo cual señala que la lista de elegibles tiene una vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su firmeza, que para la dicha lista quedó en firme el día 15 de enero de 2019.

Así mismo, refiere el parágrafo primero del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, en el cual menciona que la lista de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, durante su vigencia, solo pueden 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.

De otra parte, expone que la CNSC en comunicación No 20191020121341 de fecha 12 de marzo de 2019 se pronuncia frente a la provisión de los cargos, y advierte que dicho concurso fue declarado desierto, y señaló que el uso de lista no procede para proveer empleos iguales o equivalentes de las plantas globales de las entidades participantes de los concursos de mérito, ni los empleos declarados desiertos.

Así mismo, la CNSC el 1 de agosto de 2019, expuso un criterio unificado en relación con la aplicación de la lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, explicando que esta ley solo es aplicable a los nuevos concursos de méritos que se adelante, por lo que no afectaría la convocatoria 436 de 2017.

Concluye, que carece de legitimación en la causa por pasiva para garantizar lo pretendido por la accionante, ya que de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, con los resultados de las pruebas es la CNSC, quien elabora en estricto orden de mérito la lista de elegibles, y su competencia se limita a realizar el nombramiento dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al envío de la lista de elegibles, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015.

Solicita negar las pretensiones de la presente tutela, toda vez, que las listas de elegibles de la cual hacen parte la accionante, fue expedida desde el mes de diciembre de 2018, quedando en firma en enero de 2019, por lo que en el caso en cuestión no se cumple con el requisito de la inmediatez, o en su efecto que la accionante cuenta con otros medios de defensa judicial contra las decisiones tomadas por el SENA o la CNSC, las cuales se expresan en actos administrativos, por lo que deberían demandar dichas decisiones, en ejercicio de los medios de control en la jurisdicción contenciosa administrativa establecidos en la Ley 1437 de 2011, además que no se encuentra probado un perjuicio irremediable que torne procedente la protección solicitada por vía de tutela.

2. -. -COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC-

El asesor jurídico señala que no resulta procedente el uso de listas solicitado por la accionante, pues con ello se estaría dando aplicación retrospectiva a la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, toda vez que la convocatoria 436 de 2017 inició el 17 de octubre de 2018, con anterioridad a la entrada en vigencia de la precitada ley.

Expone que Ley 1960 del 27 de junio de 2019 modificó algunos aspectos de la Ley 909 de 2004, razón por la cual la CNSC, debió dar instrucciones precisas frente a su aplicabilidad en los procesos de selección a desarrollarse a partir de su entrada en vigencia, por lo que en criterio unificado del 16 de enero de 2020 dispuso que la referida ley aplica a los procesos de selección aprobados por la sala plena de comisionados con posterioridad a su entrada en vigencia, por lo que no es procedente aplicar retrospectivamente la misma frente, ya que esto solo procede

frente a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa, lo cual no ocurre en el asunto en cuestión, toda vez que las etapas del concurso de méritos ya se encuentran agotadas, es decir, el hecho ya se encuentra consolidado.

Afirma que una vez conformada la lista de elegibles para proveer por merito las vacantes definitivas de los empleos objeto de concurso se generan para quienes las integran dos situaciones: **i.)** para quien se encuentre en orden de elegibilidad de acuerdo al número de vacantes a proveer, se configura el derecho a ser nombrado en periodo de prueba en el empleo aspirado; **ii)** para quienes no ocuparon una posición meritoria dentro de la lista de elegibles, surge la expectativa de ser nombrado ante la generación de nuevas vacantes, lo anterior, haciendo uso de la lista en el orden de mérito subsiguiente, durante los dos (2) años de vigencia. Lo anterior lo conceptualiza, a fin de aclarar que no todos los participantes en un concurso de méritos no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, toda vez, que solo son titulares de una expectativa que se materializa cuando cumplen todos los requisitos legales y superan todas las etapas de los procesos de selección, ya que es su posición meritoria en una lista de elegibles la que le otorga a quien ocupa el primer lugar, el derecho a ser nombrado en el empleo para el cual concursó.

Ahora bien, advierte que la competencia de la CNSC se circunscribe a realizar un estudio técnico para determinar si es posible proveer los empleos temporales con las listas de elegibles vigentes administradas por la CNSC, para lo cual los nominadores de las entidades solicitan aprobación de uso de listas relacionando la información establecida en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004, para el diseño del respectivo empleo, de igual manera explica lo equivalente entre un cargo y el otro, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015.

Concluye, que la presente acción es improcedente dado que la inconformidad de la accionante radica en la normativa que rige el concurso, la cual pueden atacar mediante los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho previstos en la Ley 1437 de 2011, además que no se encuentra probado un perjuicio irremediable que torne procedente la protección solicitada por vía de tutela.

III. LA SENTENCIA APELADA

El Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga, en providencia del 23 de octubre de 2020 decidió lo siguiente:

> **"**PRIMERO: **TUTELAR** el derecho al debido proceso de CARMEN ALICIA ZAMBRANO NAVARRO, ANA NEDSI JAIMES CHACÓN, ALBA MARY OJEDA RUEDA, EIDY RUBIELA ARDILA RUEDA, OLGA PATRICIA REYES LOZANO, WILLIAN SANDOVAL ROA, VÍCTOR ALONSO MARTÍNEZ TORRES y YAMILE RUEDA PINZÓN, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
>
> **SEGUNDO**: SE **ORDENA** a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC- que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, si aún no lo hubieren hecho, conforme un banco nacional de listas de elegibles con todas las listas de elegibles que se encuentren vigentes respecto de los empleos con denominación Instructor, código 3010, grado 1 de la entidad SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, debiendo tener en cuenta para ello los perfiles de los empleos para los que concursaron los accionantes, así como el nivel jerárquico, grado salarial, los niveles de estudio, las disciplinas, núcleos básicos del conocimiento y las competencias de cada empleo.

Así mismo, **SE ORDENA** a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC-** que, dentro del término atrás otorgado, una vez consolidado el banco nacional de listas de elegibles, convoque la realización de la audiencia pública para escogencia de empleo, conforme el procedimiento establecido en el Acuerdo 562 de 2016.

TERCERO: **SE ORDENA** al **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA-** verificar que los elegibles cumplan los requisitos de experiencia, estudios y demás necesarios para su nombramiento y sólo cuando éstos se cumplan, realice el nombramiento de los mismos, a partir de la lista de elegibles generada por el Banco Nacional, en estricto orden de méritos.

CUARTO: **SE ORDENA EXTENDER** los efectos de la presente sentencia de tutela a todos los concursantes que se encuentran en listas de elegibles vigentes de los empleos con denominación Instructor, código 3010, grado 1 de la entidad **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA**, que cuenten con los mismos perfiles de los empleos para los que concursaron los accionantes, así como el nivel jerárquico, grado salarial, las disciplinas, núcleos básicos del conocimiento y las competencias de cada empleo

QUINTO: **DECLÁRASE** que la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA no** ha vulnerado ni puesto en riesgo los derechos fundamentales de los accionantes, conforme las razones expuestas en la parte motivan de esta providencia**.**

SEXTO: Notifíquese el presente fallo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SÉPTIMO: Si esta sentencia no fuere impugnada, envíese el cuaderno original al H. Corte Constitucional para su eventual revisión, previas las anotaciones de rigor. (Art. 31 Dcto. 2591/1991).

Considera el A quo, que las entidades accionadas vulneran los derechos fundamentales invocado por los accionantes, concluye, que si bien el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-** se encuentra en proceso de ofertar los empleos de la planta temporal que se encuentran vacantes con empleados que ostentan derechos de carrera, se nota, el proceder desplegado por las entidades accionadas, los cuales quebranta el derecho al debido proceso de los accionantes, en síntesis, porque no siguieron el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico para proveer vacantes de distintas ubicaciones geográficas respecto de concursantes que superaron todas las etapas de un concurso de méritos y que hacen parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles.

IV. LA IMPUGNACIÓN

-SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA -

Inconforme con la decisión de primera instancia, impugnan el referido fallo, esgrimiendo los mismos argumentos expuestos con la contestación, por lo anterior, solicita que se revoque el fallo de primera instancia, y en su lugar, se declare improcedente dado que la inconformidad de la accionante radica en la normativa que rige el concurso, la cual pueden atacar mediante los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho previstos en la Ley 1437 de 2011, además que no se encuentra probado un perjuicio irremediable que torne procedente la protección solicitada por vía de tutela.

-COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC-

La entidad accionada, impugnan el referido fallo, esgrimiendo los mismos argumentos expuestos con la contestación, por lo anterior, solicita que se revoque el fallo de primera instancia, y en su lugar, se declare improcedente dado que la inconformidad de la accionante radica en la normativa que rige el concurso, la cual pueden atacar mediante los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho previstos en la Ley 1437 de 2011, además que no se encuentra probado un perjuicio irremediable que torne procedente la protección solicitada por vía de tutela

V. CONSIDERACIONES

ACERCA DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para decidir el recurso de impugnación objeto de esta providencia, en virtud del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

PROBLEMA JURÍDICO

corresponde a la Sala determinar si las entidades accionadas vulneraron o no los derechos fundamentales aducidos por la accionante, como quiera que la accionante manifiesta que a pesar de ocupar el segundo lugar con un puntaje de 81.34 de elegibilidad en la lista de elegibles No CNSC - 20182120190975 del 24 de diciembre de 2018, dentro del empleo identificado en la Oferta Pública de Empleos No. 59399, denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1, siendo actualmente elegible y con lista vigente para un cargo TEMPORAL EN EL SENA, con la denominación de instructor; no obstante el SENA le realizó el ofrecimiento de un solo cargo para que escogiera entre muchos individualizados, vulnerando su derecho al debido proceso, pues no se realiza una AUDIENCIA PUBLICA POR AREAS TEMATICAS, además que en los ofrecimientos realizados por el SENA no se encuentran todos los cargos temporales que actualmente existen en la entidad con la denominación de instructor.

Tesis: Si

Fundamento jurídico : Del análisis del caso en concreto, concluye la Sala que en la presente acción constitucional no se controvierte acto administrativo alguno, sino la materialización del derecho al debido proceso que debe prevalecer en todas las actuaciones administrativas, toda vez, que la controversia no viene circunscrita por las actuaciones adelantadas dentro de un concurso de méritos, sino, frente al procedimiento aplicado por las entidades accionadas en la provisión de vacantes temporales. Lo cual las entidades accionadas, no realizaron los procedimientos acordes a la Ley para proveer cargos temporales. Por lo anterior, se vulneran los derechos fundamentales de la accionada, Por lo que, estima la Sala que la acción de tutela se constituye en el mecanismo idóneo para su estudio.

A. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

1. De la acción de Tutela

El artículo 86 de la Constitución Nacional introdujo la ACCIÓN DE TUTELA para que toda persona pueda:

> *"(...) reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (...)"*

EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO.

La carta policita en su artículo 29 ha previsto, el derecho al debido proceso es un derecho fundamental, el cual se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas con el fin de que todos los integrantes de la comunidad nacional, en virtud del cumplimiento de los fines esenciales del Estado, puedan defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Constitución.

En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-010 de 2017 el Alto Tribunal Constitucional señaló que existen unas garantías mínimas en virtud del derecho al debido proceso administrativo, dentro de las cuales encontramos las siguientes: *"(i)ser oído durante toda la actuación,(ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso*

De otra parte, se tiene que en Sentencia C-034 de 2014, mantiene como hipótesis, que las garantías se encuentran relacionadas entre sí, de manera que a modo de ejemplo el principio de publicidad y la notificación de las actuaciones constituyen condición para el ejercicio del derecho de defensa, y la posibilidad de aportar y controvertir las pruebas, una herramienta indispensable para que las decisiones administrativas y judiciales se adopten sobre premisas fácticas plausibles. De esa forma se satisface también el principio de legalidad, pues solo a partir de una vigorosa discusión probatoria puede establecerse si en cada caso se configuran los supuestos de hecho previstos en las reglas legislativas y qué consecuencias jurídicas prevé el derecho para esas hipótesis.

En atención a lo expuesto, se tiene que cualquier transgresión a las garantías mínimas mencionadas anteriormente, atentaría contra los principios que gobiernan la actividad administrativa, (igualdad, imparcialidad, publicidad, moralidad y contradicción) y vulneraría los derechos fundamentales de las personas que acceden a la administración o de alguna forma quedan vinculadas por sus actuaciones y en tal medida, se hace efectiva la procedencia de la acción de tutela.

LEY 909 DE 23 DE SEPTIEMBRE 2004 **"***Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones."*

El referido acuerdo su artículo 21 de la Ley 909 de 2004 consagra los empleos temporales como una modalidad especial de empleo público distinta al concurso público y al libre nombramiento y remoción, para el cumplimiento de una de cuatro (4) finalidades:

> *"a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;*
>
> b) *Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;*
>
> c) *Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;*
>
> d) *Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución".*

De otra parte, el numeral tercero de esta misma norma contempla dos (2) procedimientos para el ingreso a estos empleos temporales:

> ***(i)*** *Por regla general se deben utilizar las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter temporal.*
> ***(ii)*** *De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos, cuyas características no se definen expresamente en la ley.*

Acuerdo 562 del 5 de enero de 2016 expedido por la CNSC.

La CNSC mediante el Acuerdo 562 del 5 de enero de 2016 reglamentó la conformación, organización y uso de las listas de elegibles y del banco nacional de listas de elegibles para las entidades del sistema general de carrera administrativa que se rigen por la Ley 909 de 2004, dispone en su artículo 11 sobre el uso de las listas de elegibles lo siguiente:

> *"Artículo 11. Corresponde a la CNSC remitir a las entidades de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores (o persona delegada para ello), la lista de personas con las cuáles se debe proveer definitivamente los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes y que hayan sido objeto del concurso y realizar el cobro respectivo, si a ello hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del presente Acuerdo.*
>
> *Las vacancias definitivas que se generen en los empleos inicialmente provistos, con ocasión para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, o aquellas que resulten de la listas de elegibles conformada con un número menor de aspirantes al de vacantes ofertados a proveer mediante el uso de una lista de elegibles vigente, o aquellas vacantes cuyo concurso haya sido declarado desierto, serán provistas mediante uso de listas de elegibles previo agotamiento de los tres primeros órdenes de provisión establecidos por el artículo 1º del Decreto 1894 de 2012, el cual modificó el artículo 7º del Decreto 1227 de 2005 (contenido en el Decreto 1083 de 2015), y se realizará en estricto orden de mérito con los elegibles que se encuentren en la lista."*

Mientras que los artículos 14 y 15 del citado Acuerdo establecen el procedimiento a seguir para la escogencia del empleo de los elegibles cuando las vacantes se encuentran en distinta ubicación geográfica, así:

> **ARTÍCULO 14**. **Procedibilidad para realizar la audiencia pública para escogencia de empleo**. Cuando la CNSC conforme lista de elegibles para uno o varios empleos reportados por las entidades a la Oferta Pública de Empleos de Carrera, con vacantes en diferente ubicación geográfica, se procederá a realizar la audiencia de escogencia de empleo, de acuerdo al orden de mérito establecido en la lista de elegibles y de conformidad con el instructivo que para tal efecto publique la CNSC.
>
> **ARTÍCULO 15. Lineamientos para realizar la audiencia de escogencia de empleo**.
>
> 1. **Publicación**: Con la publicación de la firmeza de la respectiva lista de elegibles, la CNSC indicará el empleo o empleos objeto de audiencia de escogencia de empleo, para los cuales se especificará la ubicación geográfica en que se encuentran ubicadas las vacantes a proveer.

2. **Citación**: De conformidad con la delegación efectuada por la CNSC, la citación a la audiencia de escogencia de empleo, la realizará la entidad a través de mecanismos que garanticen la publicidad e inmediatez, en aras de cumplir el término para efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba.

   El término para citar y realizar la audiencia de escogencia de empleo, no podrá superar los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que la CNSC publique la firmeza de la lista de elegibles, salvo cuando la entidad requiera realizar la audiencia de forma presencial, caso en cual contará con cinco (5) días hábiles adicionales al término fijado.

   1. **Desarrollo de la audiencia**: La audiencia de escogencia de empleo se podrá realizar de manera presencial o virtual, a elección de la entidad, para lo cual ésta debe seguir el instructivo dispuesto por la CNSC para cada una de las modalidades.

   2. **Nombramiento en período de prueba**: Una vez terminada la audiencia de asignación de empleos, la entidad procederá a realizar el nombramiento en período de prueba de los elegibles.

   PARÁGRAFO 1. Cuando la lista se conforme con un único elegible para proveer empleos con vacantes con ubicación geográfica diferente, la audiencia de escogencia de empleo se entenderá surtida con la simple manifestación por escrito que el elegible haga de la ubicación de su preferencia, en la cual se deberá efectuar el nombramiento en período de prueba.

   PARÁGRAFO 2. Al elegible que siendo citado a la audiencia de escogencia de empleo, no asista, no designe apoderado o no haya comunicado por escrito a la entidad, la ubicación geográfica de su preferencia, se le asignará en estricto orden de mérito, aquella que se encuentre más cercana al sitio de presentación de la prueba de competencias funcionales.

Acuerdo 562 de 2016 creó el Banco Nacional de Listas de Elegibles como "*un sistema de información conformado y administrado por la CNSC, el cual se integra con las listas de elegibles en firme, resultantes de los procesos de selección desarrollados por la CNSC"*

De gran relevancia resulta para la Sala el estudio del Acuerdo 562 de 2016 en su artículo 3 en el cual creó el Banco Nacional de Listas de Elegibles como "*un sistema de información conformado y administrado por la CNSC, el cual se integra con las listas de elegibles en firme, resultantes de los procesos de selección desarrollados por la CNSC"*, lo cual expone que en el caso de quienes participan en concursos de méritos, y una vez superadas todas las etapas, eliminatorias y clasificatorias de éste, hagan parte de una lista de elegibles vigentes, no obstante, no lograron ingresar al sistema de carrera administrativa de la entidad para la cual concursaron, el ordenamiento jurídico, , cuyo fin es "proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos con ocasión de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 o aquellas que resulten de la listas de elegibles conformada con un número menor de aspirantes al de vacantes ofertados a proveer mediante el uso de una lista de elegibles vigente, o aquellas vacantes cuyo concurso haya sido declarado desierto como lo provee artículo 17 Acuerdo 562 de 2016.

1. **DEL CASO CONCRETO**:

En primer lugar, la Sala debe resolver lo pertinente a determinar si las entidades accionadas vulneraron o no los derechos fundamentales aducidos por la accionante, quien aduce que, a pesar de ocupar el segundo lugar con un puntaje de 81.34 de elegibilidad en la lista de elegibles No CNSC - 20182120190975 del 24 de diciembre de 2018, dentro del empleo identificado en la Oferta Pública de Empleos No. 59399, denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010 GRADO 1, siendo actualmente elegible y con lista vigente para un cargo TEMPORAL EN EL SENA, con la denominación de instructor, no obstante, se tiente que el SENA le realizó el ofrecimiento de un solo cargo para que escogiera entre muchos individualizados, vulnerando su derecho al debido proceso, pues no se realiza una AUDIENCIA PUBLICA POR AREAS TEMATICAS, además que en los ofrecimientos realizados por el SENA no se encuentran todos los cargos temporales que actualmente existen en la entidad con la denominación de instructor.

Del estudio de los hechos narrados y del acervo probatorio se encuentra acreditado que la accionante participó de la Convocatoria No. 436 de 2017 adelantada por la CNSC para proveer una vacante del empleo de carrera denominado instructor, código 59399, código 3010 grado 1 de la planta de personal del SENA, superando todas las etapas eliminatorias de dicho concurso de méritos y encontrándose en lista de elegibles vigente para el empleo denominado con OPEC No.59399.

De otra parte, se tiene que SENA en atención a las peticiones masivas, dio respuesta en el cual manifestó que una vez creados los 800 empleos de planta temporal mediante Decreto 553 de 2017, la entidad en cumplimiento de lo señalado en el artículo 21 de Ley 909 de 2004, le solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil verificar la existencia de listas de elegibles para provisión de dichos empleos, sobre los cuales la CNSC señaló que a la fecha no existe lista de elegibles, por lo que se realizó el proceso de encargo de los funcionarios de carrera administrativa. Así mismo, destacan que la entidad les informó que, con los empleos restantes, se realizaron dos convocatorias públicas en la vigencia 2017, logrando proveer 752 empleos temporales y 48 cargos quedaron desiertos.

Así mismo, el SENA procedió a dar cumplimiento de lo señalado en el numeral 3° del artículo 21 de la Ley 909 de 2004, el artículo 2.2.5.3.5 del Decreto 1083 de 2015 y la sentencia de la Corte Constitucional C-288 del 2014, le solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC la lista de los elegibles para proveer los empleos de la planta temporal del SENA que se encuentran vacantes.
Ahora bien, la CNSC remitió los listados de elegibles para proveer las vacantes reportadas, que según lo señalado en el artículo 2.2.5.3.5 del Decreto 1083 de 2015, se elaboraron a partir de un análisis de la denominación, código y asignación básica de las vacantes de la planta temporal, sin determinar el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de los empleos de la planta temporal.

También se encuentra acreditado que el SENA en fecha 06 de octubre del año en curso remitió a la actora vía correo electrónico, en la que se le solicita su manifestación de interés o rechazo frente a la posibilidad de ser nombrada en una vacante de la planta temporal de la entidad, señalándole los términos para responder el requerimiento, así como las condiciones, requisitos y vacantes disponibles según denominación, código y asignación básica, informándoles que pueden postularse únicamente a una (1) de las vacantes relacionadas.

Frente a lo expuesto, resulta evidente que, aunque ciertamente el SENA está haciendo uso de las listas de elegibles vigentes para proveer empleos temporales con denominados instructor, código 59399, código 3010, grado 1 de la planta de personal de dicha entidad, tal procedimiento no se acompaña con lo reseñado en el artículo 21, numeral 3 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 2.2.5.3.5 en concordancia con el Acuerdo 562 de 2016 expedido por la CNSC.

Ahora bien, la Sala advierte que no reposa prueba en el plenario allegada por las accionadas que dé cuenta de la forma como se conformó la lista de elegibles para el cargo al cual aspiró la accionante en el concurso de méritos adelantado a través de la convocatoria 436 de 2017 mediante el banco nacional de listas de elegibles, atendiendo el perfil de los cargos o el puesto ocupado en la lista por el accionante, y mucho menos se programó audiencia pública para escogencia de empleo, la cual es obligatoria teniendo en cuenta que las vacantes a suplir se encuentran en distintas ubicaciones geográficas, destacándose que la audiencia puede ser realizada de manera virtual; contrario a esto, las entidades accionadas solicitaron directamente al accionante la simple manifestación por escrito de la ubicación de su preferencia respecto de sendos empleos denominación instructor, código 53399, código 3010, grado 1, procedimiento establecido en el parágrafo 1º del artículo 15 del Acuerdo 562 de 2016 solo cuando la lista se conforma con un único elegible para proveer empleos con vacantes con ubicación geográfica diferente, situación que no acontece en el presente caso, pues a la accionada le ofrecieron varios empleos en la misma sede regional.

En consecuencia, a pesar que el SENA se encuentra en proceso de ofertar los empleos de la planta temporal que se encuentran vacantes con empleados que ostentan derechos de carrera, el proceder desplegado por las entidades accionadas quebranta el derecho al debido proceso de la accionante, , porque no siguieron el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico para proveer vacantes de distintas ubicaciones geográficas respecto de concursantes que superaron todas las etapas de un concurso de méritos y que hacen parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles.

De acuerdo con lo anterior, esta colegiatura comparte la decisión por el A quo al **tutela**r el derecho fundamental al debido proceso administrativo de la señora CARMEN ALICIA ZAMBRANO NAVARRO, y ordenó: (l) COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC-, para que en un término de 48 horas, conforme un banco nacional de listas de elegibles con todas las listas de elegibles que se encuentren vigentes respecto de los empleos con denominación Instructor, código 3010, grado 1 de la entidad SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, debiendo tener en cuenta para ello los perfiles de los empleos para los que concursaron los accionantes, así como el nivel jerárquico, grado salarial, los niveles de estudio, las disciplinas, núcleos básicos del conocimiento y las competencias de cada empleo. **(ll)** Así mismo, ordeno a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC- que dentro del término atrás otorgado, una vez consolidado el banco nacional de listas de elegibles, convoque la realización de la audiencia pública para escogencia de empleo, conforme el procedimiento establecido en el Acuerdo 562 de 2016. De igual manera. **(lll)** SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA- verificar que los elegibles cumplan los requisitos de experiencia, estudios y demás necesarios para su nombramiento y sólo cuando éstos se cumplan, realice el nombramiento de los mismos, a partir de la lista de elegibles generada por el Banco Nacional, en estricto orden de méritos. Finalmente, (**IV**) EXTENDER los efectos de la presente sentencia de tutela a todos los concursantes que se encuentran en listas de elegibles vigentes de los empleos con denominación Instructor, código 3010, grado 1 de la entidad SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA, que cuenten con los mismos perfiles de los empleos para los que concursaron los accionantes, así como el nivel jerárquico, grado salarial, las disciplinas, núcleos básicos del conocimiento y las competencias de cada empleo.

Por las razones expuestas, la Sala confirmara el fallo de primera instancia.

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

FALLA:

PRIMERO: **CONFIRMAR** la Sentencia de fecha 23 de octubre del 2020 proferida por el Juzgado Trece Administrativo Oral de Bucaramanga, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión y líbrese oficio al Juzgado de origen informando lo aquí resuelto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Aprobado en Sala Virtual según Acta No. 90 /2020

(Aprobado en forma virtual)
JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR
Magistrado

(Aprobado en forma virtual)
MILCIADES RODRÍGUEZ QUINTERO
Magistrado

(Aprobado en forma virtual)
SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA PENAL

Magistrado Ponente
LEONEL ROGELES MORENO

Bogotá, D.C., Once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Radicado:	***11001-31-09-018-2020-00143***
Referencia:	***Acción Tutela Segunda Instancia***
Accionante:	***Henry Franco Londoño***
Accionado:	***Comisión Nacional del Servicio Civil y otro***
Derecho:	***Debido proceso y otros***
Decisión:	***Confirma***
Aprobado Acta N°	***143 del 11 de diciembre de 2020***

ASUNTO

El tribunal resuelve la impugnación interpuesta por los representantes de la Comisión Nacional del Servicio Civil y del Servicio Nacional de Aprendizaje –en adelante C.N.S.C. y S.E.N.A. respectivamente-, contra el fallo proferido el 16 de octubre de 2020, mediante el cual el Juzgado 18 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá concedió el amparo invocado por Henry Franco Londoño.

DEMANDA

El accionante manifestó que participó en la Convocatoria Nº 436 de 2017 que adelantó la C.N.S.C.[1] para proveer los empleos vacantes del S.E.N.A., en la cual ocupó el segundo lugar de elegibilidad para el cargo de instructor grado 1, con número de Oferta Pública de Empleos de Carrera -O.P.E.C.- 58.752[2].

Aseveró que se le vulneraron los derechos a la dignidad, igualdad, petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas; así como los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica, porque no ha sido nombrado en alguno de los empleos que se declararon desierto o equivalentes al que se postuló.

Solicitó dar aplicación al artículo 6° de la Ley 1960 de 2019[3], el que establece que las listas de elegibles no solo cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso, sino, además, las de los "*cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria…*".

Sin embargo, pidió prescindir del Criterio Unificado expedido por la C.N.S.C el 16 enero de 2020[4], en el que se determinó que en los procesos de selección convocados con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida norma, deberán usarse esas listas de elegibles para proveer las vacantes de los empleos que integraron la O.P.E.C. de la respectiva convocatoria "*y para cubrir nuevas vacantes que se*

[1] Para lo cual expidió el acuerdo Nº 20171000000116 del 24 de julio de 2017.
[2] Según consulta del O.P.E.C. de la página web de la C.N.C.S corresponde a "*nivel instructor; Denominación: Instructor; Grado 1; Código: 3010; Asignación Salarial: $2.517.479; (…) Vacantes: Dependencia Risaralda Centro de Comercio y Servicios. Municipio Risaralda-Pereira. Cantidad: 1*"
[3] Que modificó el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.
[4] Para lo cual también solicitó ordenar a la C.N.S.V verificar la planta de personal del S.E.N.A para identificar los cargos con esa denominación.

generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" entiéndase, aquellos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de O.P.E.C".

Añadió que ninguna de las accionadas le había dado una respuesta de fondo a su requerimiento.

En posterior escrito, indicó que la comisión emitió un nuevo Criterio Unificado del 22 de septiembre, en el que aprobó el uso de esas listas de elegibles con empleos equivalentes[5] -que es lo que él pretende-, pero advirtió que en las respuestas que recibió de las entidades accionadas, éste no se tuvo en cuenta.

ACTUACIÓN

El Juzgado 18 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, el 2 de octubre de 2020, avocó la acción en contra de la C.N.S.C. y el S.E.N.A. También, ordenó la vinculación de los ciudadanos que hacen parte de la lista de elegibles Nº 20182120189335 del 24 de diciembre de 2018 para proveer la vacante con OPEC Nº 58.752 de la Convocatoria 436 de 2017[6].

El asesor jurídico de la C.N.S.C. afirmó que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para cuestionar la legalidad de los actos

[5] Según ese acto administrativo se entiende por empleo equivalente "*aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan grado salarial igual, posean el mismo requisito de experiencia, sean iguales o similares en cuanto al propósito principal o funciones, requisitos de estudios y competencias comportamentales y mismo gripo de referencia de los empleos de las listas de elegibles*"

[6] Así mismo ordenó a la C.N.S.C la publicación de ese auto en la página web de esa convocatoria y en el Sistema de Apoyo para la Igualdad, Mérito y Oportunidad –S.I.M.O.-

administrativos, porque el actor cuenta con otros mecanismos de defensa judicial para ello, salvo que se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Informó que el accionante ocupó la posición Nº 2 en la Convocatoria 436 de 2017 para el empleo de instructor grado 1 con O.P.E.C. Nº 58.752, que proveía una vacante y que, en esas condiciones, el derecho al nombramiento fue del aspirante que ocupó la primera posición en la lista de elegibles.

Indicó que no tiene competencia para realizar nombramientos, posesiones, ni en la administración de la planta de personal, lo cual corresponde a los representantes legales o delegados de las entidades[7].

Expuso que las citadas tienen el deber de informar a esa comisión sobre las novedades que se presenten con los nombramientos, posesiones, calificaciones en el periodo de prueba, renuncias y demás situaciones que puedan afectar la conformación y uso de las listas, para lo cual cuentan con un día hábil contado a partir de la novedad[8].

Señaló que, con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, su representada profirió el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 en el cual señaló que las listas de elegibles conformadas por la C.N.S.C y aquellas expedidas en el marco de procesos de selección – aprobadas con anterioridad al 27 de junio de 2019- deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la O.P.E.C. de la respectiva convocatoria y para cubrir

[7] Sobre el particular citó el artículo 2.2.5.1.1 Decreto 1083 de 2015.
[8] Acuerdo 562 de 2016 artículo 33.

nuevas que se generen con posterioridad y que correspondan a los "*mismos empleos*".

Se refirió a los vocablos "mismos empleos" como aquellos con "*igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, requisitos de estudio y experiencia, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes*" por lo cual se emitió la Circular Externa Nº 0001 de 2020 en la que se fijó los parámetros para reportar esas vacantes.

Indicó que los elementos del perfil de cada empleo, deben ser coherentes con las exigencias funcionales por lo que, en ese contexto, el sentido de la frase "*mismo empleo*" corresponde a uno "*exactamente igual*".

Citó el fallo de tutela Nº 2019-00053-02, proferido por la Sala de Familia de este Tribunal, que en el marco de esta convocatoria ordenó suplir los cargos de instructor declarados desiertos.

Indicó que, en virtud de esa orden, expidió el Auto Nº 0353 de 2020 del 15 de mayo de 2020 con el que dispuso "*conformar las listas generales de elegibles para los empleos denominados Instructor, código 3010, grado 1 declarados desiertos (…) cuya expedición deberá producirse una vez se resuelvan las actuaciones administrativas de exclusión presentadas por la Comisión de Personal del S.E.N.A y los recursos de reposición elevados ante esa entidad, en garantía del debido proceso de todos los aspirantes de esa convocatoria*".

Informó que por el aislamiento obligatorio, esa comisión profirió la Resolución Nº. 4970 del 24 de marzo de 2020 con la que suspendió

los términos en los procesos de selección del 24 de marzo hasta el 11 de mayo de esta anualidad, así como aquellos atinentes a reclamaciones y solicitudes de exclusión, y que en adelante se han conformado las listas generales para proveer otros empleos declarados desiertos en las áreas de biotecnología industrial, instrumentación y control de procesos, derechos humanos y fundamentales en el trabajo.

Sin embargo, recalcó la existencia del Criterio Unificado del 16 de enero pasado, en el que se describió que las listas de elegibles aplican para los mismos empleos, lo cual incluye la ubicación geográfica que los aspirantes tuvieron la oportunidad de elegir al momento de su inscripción.

Afirmó que la C.N.S.C. cumplió con agotar las listas en atención al O.P.E.C. reportado por el S.E.N.A. y que, en este caso, deben respetarse los derechos que tienen los aspirantes que hacen parte de las listas conformadas en los municipios. Sin embargo, admitió que aquellas se han conformado sin tener en cuenta la ubicación geográfica dado que los jueces de tutela han ordenado su elaboración respecto de los empleos declarados desiertos.

Informó que, en la vigencia de esta lista, el S.E.N.A. no reportó en el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad –S.I.M.O.- vacantes adicionales a las ofertadas en el marco de esta convocatoria y que cumplan con el criterio de "*mismos empleos*".

En relación con el derecho de petición, expuso que fue resuelto con el radicado 20205000656311, enviado al correo eléctrico el pasado 14 de septiembre, por lo que solicitó declarar la

improcedencia de la acción ante la inexistencia de vulneración a los derechos fundamentales del actor.

El S.E.N.A. no hizo pronunciamiento. Tampoco los ciudadanos vinculados.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 16 de octubre del año en curso, el juzgado concedió el amparo de los derechos fundamentales de acceso a cargos y funciones públicas, al trabajo, al debido proceso administrativo y a la igualdad[9].

Señaló que, para el caso concreto, el actor no puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa porque cuando se resuelva esa controversia "*el concurso habría llegado a su fin*".

Anunció que, si bien el cargo para el cual se postuló Henry Franco Londoño solo tenía una vacante, que fue asignada al primero de la lista "*le es permitido continuar ahora ocupando el 1° lugar (…) para proveer las posibles vacantes de los empleos iguales al ofertado*".

Constató que para el cargo al que se postuló el accionante, el S.E.N.A. manifestó que no ha reportado vacantes adicionales a las que ofertó o que cumplan con el criterio de "*mismos empleos*", de cuya definición se apartó, porque en su sentir se limita al actor a la ciudad para la que se postuló –Pereira, Risaralda-, lo cual desconoce el principio del mérito por dar prevalencia al componente de la ubicación geográfica.

[9] De otra parte, negó el amparo al derecho de petición tras advertir que fue resuelto.

Afirmó que con la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019, es factible la conformación de listas del orden departamental o nacional y, en consecuencia, ordenó a las accionadas "*efectuar el estudio de equivalencia de los empleos vacantes adicionales y no convocados en el territorio nacional*", respecto del empleo denominado instructor con O.P.E.C. 58.752 Grado 1, después de lo cual deberán consolidar la correspondiente lista de elegibles y proceder al nombramiento en periodo de prueba de quienes tengan "*el mejor derecho*".

En providencia del 28 de octubre, la juez negó el requerimiento de aclarar el fallo, tras argumentar que la orden impartida no tiene la ambigüedad que predica el representante de la C.N.S.C y porque el propósito de aquel es cuestionar el proveído.

IMPUGNACIÓN

El asesor jurídico de la C.N.S.C informó que no es posible cumplir la orden impartida porque se debe tener en cuenta la posición geográfica regulada en el Criterio Unificado de enero de 2020[10].

Señaló que, si el actor no está de acuerdo con los actos administrativos que fundamentan esa convocatoria, la tutela no es el medio para resolverlo, lo cual quebranta el principio de subsidiariedad porque se trata de normas de carácter general[11].

[10] Del cual argumentó que goza de presunción de legalidad, no ha sido modificado o dejado sin efectos por la jurisdicción contencioso administrativa ni declarada la excepción de inconstitucionalidad en la decisión judicial.
[11] Añadió que el accionante no demostró la inminencia, urgencia y gravedad que hagan impostergable el amparo que reclama.

Arguyó falta de inmediatez, toda vez que la lista de elegibles fue establecida en el 2018, por lo que el actor interpuso la acción en el término superior a un año.

Precisó que el fallo desconoció el numeral 4º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 –vigente cuando se realizó el concurso- en el que se establecía que, en estricto orden de mérito, con las listas de elegibles, "*se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso*". Por lo tanto, no es jurídicamente posible que una vez culminado el proceso de selección y realizados los nombramientos, se "*reagrupen*" o integren nuevas listas generales que incluyan a los elegibles que en su oportunidad no alcanzaron el nombramiento.

Afirmó que no se puede dar aplicación a la Ley 1960 de 2019[12] de manera retrospectiva, porque los artículos 52 y 53 de la Ley 4° de 1913, señalan que la ley sólo rige con posterioridad a la fecha de su promulgación y se trata de un hecho consolidado porque las epatas de la Convocatoria Nº 436 de 2017 culminaron.

Advirtió que la forma como se van agotando las listas de elegibles, acontece por las causales de retiro que general vacancias definitivas[13].

Advirtió que, pasados tres años del concurso, la juez de primera instancia no puede cambiar las reglas de juego a las que se sometieron miles de aspirantes.

Informó que expidió el Criterio Unificado y la Circular en virtud de las facultades que le confieren los literales h y k del artículo 11 de

12 Informó que con la Circular Conjunta Nº 2019000000117 de 29 de julio de 2019 se impartieron instrucciones sobre la aplicación de esa Ley.
13 Las causales de retiro del servicio están definidas en los artículos 41 y 42 de la Ley 909 de 2004.

la Ley 909 de 2004, a efecto de garantizar la correcta aplicación de la normatividad de carrera en los procesos de selección iniciados con antelación a la promulgación de la Ley 1960 de 2019.

Agregó que de esa manera se resolvió el problema jurídico sobre las listas de elegibles conformadas con anterioridad a la vigencia de dicha norma, para lo cual se determinó que deberán usarse para cubrir nuevas vacantes que se generaran con posterioridad y que correspondan a los «*mismos empleos*» "*entiéndase, aquellos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes (…)*".

Aseguró que la C.N.S.C no ha vulnerado los derechos fundamentales del actor, porque se le ha garantizado la posibilidad de acceder por mérito a un empleo de carrera administrativa según el proceso de selección previsto en la Convocatoria Nº 436 de 2017. Diferente es que no exista un mismo empleo en la planta del personal del S.E.N.A que permita su nombramiento, o de aquellos que cumplan con las características y el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, por lo que solicitó revocar el fallo.

El director del S.E.N.A. relacionó las etapas que se surtieron en el Convocatoria Nº 436 de 2017 y su reglamentación, según la cual los aspirantes solo podían inscribirse a un empleo público establecido en cada O.P.E.C.

Expuso que la C.N.S.C. expidió la Resolución Nº 20182120189335 del 24 de diciembre de 2018, para proveer la vacante de Instructor Grado 1 en la que el accionante ocupó el segundo lugar.

Precisó que el parágrafo primero del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015[14], dispone que las listas de elegibles solo pueden ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de alguna de las causales de retiro.

En relación con los empleos, cuyo concurso fue declarado desierto, aseguró que la comisión accionada se pronunció el 12 de marzo de 2019 y señaló que el uso de la lista no procede para proveer cargos iguales o equivalentes de las plantas globales de las entidades, ni de los aquellos declarados desiertos.

Mencionó el Criterio Unificado de la C.N.S.C. en el que se explicó que la Ley 1960 de 2019 solo es aplicable a los nuevos concursos, por lo que la misma no afecta esta convocatoria.

Recalcó que el S.E.N.A. no tiene competencia para la conformación de las listas de elegibles, ya que su deber consiste en realizar el nombramiento, de manera que argumenta falta de legitimidad en la causa por pasiva.

Destacó que el principio de inmediatez no se cumple porque 21 meses después de la firmeza de la resolución con la que se proveyó la vacante, el actor pretende hacer valer sus derechos. De igual modo, aseveró que no se reúne el de subsidiariedad porque cuenta con otros medios de defensa judicial como lo es, el demandar los actos

[14] En este sentido también citó el Concepto de la C.N.S.C del 15 de marzo de 2019.

administrativos, evento en el cual podrá solicita como medida cautelar su suspensión[15].

Añadió que la pretensión de ser nombrado en una O.P.E.C diferente a aquella para la que concursó, no está comprendida en el ámbito de los derechos de acceso a cargos públicos y del trabajo.

Señaló que se desconoce el principio de inescindibilidad de la ley, por lo que no le está permitido tomar apartes de la misma y desestimar otros.

Aseveró que el artículo 18 del Acuerdo 562 de 2016 establece que la finalidad del Banco Nacional de Listas de Elegibles es proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos.

De otra parte, adujo que la prerrogativa de la igualdad no se ha desconocido, porque el trato que se les ha dado a los ciudadanos es homogéneo y con observancia de las reglas del concurso. En ese contexto solicitó revocar la sentencia y, en consecuencia, denegar las pretensiones.

CONSIDERACIONES

1. Competencia:

La colegiatura se encuentra habilitada para revisar la decisión impugnada de conformidad con los artículos 32 y 37 del Decreto 2591 de 1991.

[15] En este punto recalcó que el demandante no invocó ningún perjuicio irremediable no solicitó la protección transitoria.

2. Problema jurídico:

Corresponde a esta corporación determinar si las entidades accionadas, vulneraron los derechos cuya protección reclama Henry Franco Londoño, o alguna otra prerrogativa fundamental, de suerte que proceda la confirmación de la decisión impugnada.

3. Solución.

El artículo 86 del Estatuto Superior dispone que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, mediante un trámite preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estén siendo vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de un particular en los casos expresamente señalados en la ley.

El numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 destaca el carácter subsidiario de este instituto jurídico, al señalar que la acción de tutela solamente procede cuando no existan otros recursos o medios de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En punto del concurso de méritos, la Corte Constitucional precisó que, pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, la acción de tutela resulta ser la más idónea y eficaz para salvaguardar las garantías fundamentales de los participantes. Puntualmente indicó:

> "*En relación con los concursos públicos de méritos, la Corte ha consolidado una jurisprudencia uniforme respecto de la ineficacia de los medios judiciales de defensa que existen en*

el ordenamiento jurídico para resolver las controversias que allí se suscitan, sobre la base de estimar que éstos no permiten una pronta y actual protección de los derechos fundamentales en discusión, pues debido al prolongado término de duración de los procesos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando se resuelva el asunto ya no será posible reivindicar dichas garantías. Desde esa perspectiva, la acción de tutela se erige como el único mecanismo que haría posible una protección eficiente de los derechos fundamentales que aquí se invocan, razón por la cual el amparo impetrado por los demandantes amerita un pronunciamiento de fondo en la presente providencia." [16].

También ha advertido que en esta materia, la jurisdicción de lo contencioso administrativo y las medidas cautelares que allí se puedan expedir, no son eficaces para el amparo de los derechos de este raigambre ya que "*(i) es necesario seguir y ajustarse al procedimiento descrito en la norma y acudir mediante abogado debidamente acreditado, situación que no ocurre con la acción de tutela, como quiera que este es un instrumento que puede ser usado de manera personal por el titular de los derechos vulnerados, sin necesidad de seguir una forma preestablecida, (ii) por regla general, para que una medida cautelar sea decretada, es imperativo prestar caución para asegurar los posibles perjuicios que con ésta se puedan causar*[17] *y, (iii) la suspensión de los actos que causen la vulneración de los derechos no es de carácter definitivo, puesto que estas herramientas son transitorias y, en esa medida, la orden final está sometida a las características propias de cada juicio, en*

[16] Sentencia T-213A de 2011. Este criterio ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias SU-617 de 2013 y T-112 A de 2014.
[17] De acuerdo con el artículo 232 de la Ley 1437/11 no se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.

contraposición con la protección que brinda el amparo constitucional, que en principio, es inmediato y definitivo. "[18]

Ante la censura consistente en la improcedencia de esta demanda constitucional para cuestionar actos administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos, la jurisprudencia señaló que es viable por vía de excepción "*ya que, más allá de la causal del perjuicio irremediable, cabe examinar la eficacia en concreto del medio existente y de la viabilidad sumaria de las medidas cautelares (…) siendo prevalente, en este escenario, la protección del mérito como principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático …"*[19].

En este caso, Henry Franco Londoño solicitó el amparo de sus derechos fundamentales atrás enunciados y que de conformidad con el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019[20], se ordene a las demandadas realizar su nombramiento "*para un empleo bien sea que se haya ofertado o no (…) con la denominación Instructor código 3010 grado 1"* al interior de la Convocatoria 436 de 2017.

Con base en la información que se aportó al trámite, el tribunal advierte que el demandante superó las pruebas para acceder al precitado cargo, que en los términos de la O.P.E.C. que solo tenía una vacante en la dependencia de Risaralda –Centro de Comercio y Servicios-. En virtud de esto, el 24 de diciembre de 2018 la C.N.S.C

[18] Sentencia T-376 de 2016.
[19] En la sentencia T 340 de 2020
[20] Norma que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en los siguientes términos "*(…) 4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad*".

profirió la Resolución Nº 20182120189335[21] en la que el actor aparece en la segunda posición con 76.20 puntos.

Estas circunstancias corroboran la procedencia de la demanda constitucional, porque el accionante actualmente ocupa el primer lugar en la lista de elegibles de esa dependencia -luego del nombramiento del primer concursante para el referido cargo- , además de que esa lista aún se encuentra vigente, aunque está próxima a cumplir el término de dos años para el cual fue expedida.

En ese contexto, tampoco se desconoce el principio de la inmediatez, porque se trata de un proceso con efectos jurídicos actuales.

En punto del problema jurídico que se debe resolver, el artículo 125 de la Carta Política dispone que por regla general los empleos del Estado son de carrera[22], ya que las vacantes deben ser ocupadas por mérito[23] el cual se define con los concursantes que hayan obtenido el puntaje más alto.

Esto, por cuanto al agotarse las diferentes etapas del concurso, se produce la emisión de la lista de elegibles, cuya designación es obligatoria para la entidad, dependiendo del número de vacantes disponibles.

21 Con firmeza a partir del 15 de enero de 2019 y por la cual se conformó lista de elegibles para proveer una vacante del empleo de carrera con el código O.P.E.C. denominado instructor código 3010 grado 1 del S.E.N.A.
22 Una de las excepciones admitidas por la Constitución a dicha regla es la de los cargos de libre nombramiento y remoción.
23 Según la Corte Constitucional el mérito"*constituye plena garantía que desarrolla el principio a la igualdad, en la medida en que contribuye a depurar las prácticas clientelistas o políticas en cuanto hace al nombramiento de los servidores públicos o cuando fuese necesario el ascenso o remoción de los mismos, lo que les permite brindarles protección y trato sin discriminación de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*"[23].

En este sentido, la Ley 909 de 2004 reguló el ingreso y ascenso a los empleos de carrera y en su artículo 28 definió los principios que orientan la ejecución de ese procedimiento que además del mérito, contempla la libre concurrencia, la igualdad en el ingreso, la publicidad, la transparencia, la eficacia y la eficiencia.

Dicha norma encargó a la C.N.S.C la administración y vigilancia de las carreras[24], por lo que le corresponde realizar el proceso de selección para la provisión definitiva de los empleos públicos, el cual está compuesto por: i) la convocatoria; ii) el reclutamiento; iii) la aplicación de pruebas; iv) la elaboración de listas de elegibles, por estricto orden de mérito que tendrá una vigencia de dos años y v) nombramiento en periodo de prueba.

Tal como se informó en la impugnación, en el primer parágrafo del artículo 7° del Decreto 1227 de 2005[25] se disponía *que "Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a 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."*

Con ocasión de ese postulado, en su momento la Corte Constitucional expresó que las listas de elegibles generaban el derecho de ser nombradas, solo para los cargos convocados al concurso.

[24] Salvo las que tengan un carácter constitucional especial.
[25] Modificado por el artículo 7° del Decreto 1894 de 2012 y con el cual se reguló parcialmente la Ley 909 de 2004.

No obstante, artículo 6° de la Ley 1960 de 2019 modificó el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, al disponer que una vez elaborada la lista de elegibles, "*(…) en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados¸ que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad*".

En torno a la aplicación de esta norma, las accionadas no pueden ignorar que en la sentencia T- 340 de 2020 se concluyó que es viable predicar su retrospectividad, ya que ésta regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia, como lo serían las listas de elegibles.

En este sentido la corte precisó "*el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley*."[26]

Lo anterior demuestra que al ciudadano Franco Londoño le asiste el derecho de solicitar el uso de la lista de elegibles de la que hace parte, con ocasión de la nueva norma que le es aplicable.

[26] Así mismo aclaró que las entidades deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, "*el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso*".

Es importante señalar que en la misma providencia, esa colegiatura advirtió que los conceptos de la C.N.S.C "*gozan de un valor especial, por ser el organismo que, por mandato constitucional, tiene la función de administrar las carreras de los servidores públicos (CP. Artículo 130)", r*azón por la cual aceptó el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, en el que se determinó que la lista de elegibles expedida en un proceso de selección aprobado con anterioridad al 27 de junio de 2019, debía ser usada para cubrir las nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "*mismos empleos*", en cuya definición se incluyó el criterio de la ubicación geográfica.

Sin embargo, en este punto es necesario aclarar que el 22 de septiembre, dicha comisión emitió un nuevo concepto en el cual admitió el uso de las listas de elegibles para "*empleos equivalentes*" el cual definió en los siguientes términos:

> "*Se entenderá por empleos equivalentes aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan grado salarial igual, posean el mismo requisito de experiencia, sean iguales o similares en cuanto al propósito principal o funciones, requisitos de estudios y competencias comportamentales y mismo grupo de referencia*[27] *de los empleos de las listas de elegibles*".

Por lo tanto, se trata de un concepto que no limita el derecho del actor al factor territorial, lo cual hace innecesario e inadecuado el reproche de la sentencia impugnada.

[27] Mismo Grupo de Referencia o Normativo: Grupo al que se aplica el mismo cuadernillo y se califica agrupado. Por lo tanto, es un agregado estadístico que será empleado para obtener la calificación estandarizada (usualmente basada en el cálculo de la media y desviación típica).

Sin embargo, en razón de que en la impugnación las accionadas insistieron en inaplicar la Ley 1960 de 2019, se advierte la necesidad mantener indemne la orden impartida, aunque por las razones aquí expuestas, además porque el concepto del 22 de septiembre de 2020 ya no contiene la exigencia del factor territorial.

Es necesario aclarar que si bien el fallador ordenó efectuar una labor "*conjunta*" entre la C.N.C.S y el S.E.N.A para la consolidación de la lista de elegibles y nombramientos en las vacantes no convocadas que tengan equivalencia con el empleo aquí relacionado, esto debe ser desarrollado en el marco de sus competencias.

En relación con los cargos que se declararon desiertos, la C.N.S.C informó que en virtud de la orden que impartió la Sala de Familia de este tribunal, respecto de otra concursante que participó para el mismo cargo[28], profirió Auto N° 0535 del 13 de mayo de 2020 para conformar listas generales de elegibles para esos empleos de instructor con código 3010 grado 1.

Finalmente, en cuanto a que no es posible aplicar la Ley 1960 de 2019 de manera retrospectiva, porque los artículos 52 y 53 de la Ley 4° de 1913 disponen que la ley solo rige con posterioridad a su promulgación, se debe recordar que la disposición legal, cuya inaplicación aquí se pide, fue promulgada en el Diario Oficial 50.997 el día 27 de junio de 2019, además este es un tema que ha sido suficientemente definido por la jurisprudencia constitucional.

[28] Sobre el particular, citó la parte resolutiva de dicha providencia en la que se enunció: "*(…) en consecuencia se ordena a la C.N.S.C y al S.E.N.A que en el término de dos meses adelanten el procedimiento respectivo para suplir los cargos de Instructor, declarados desiertos, (…)*"

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha, origen y contenido relacionados en el cuerpo de este pronunciamiento.

SEGUNDO: NOTIFICAR el presente proveído a las partes por el medio más expedito y **REMITIR** el expediente para su eventual revisión a la Corte Constitucional.

Notifíquese y cúmplase

CON AUSENCIA JUSTIFICADA

José Joaquín Urbano Martínez
Magistrado

Jairo José Agudelo Parra
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA PENAL

Magistrado Ponente	:	John Jairo Ortiz Álzate
Referencia	:	11001310905620200014601 [5.050]
Accionante	:	David Londoño González
Accionado	:	Comisión Nacional del Servicio Civil. Otra
Decisión	:	Revoca. Tutela

Aprobado en acta No. 0143

Bogotá, D.C., diciembre cuatro (04) de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

La Sala decide la impugnación interpuesta contra la sentencia del 29 de octubre de 2020, por medio de la cual el Juzgado 56 Penal del Circuito, negó la tutela promovida por *DAVID LONDOÑO GONZÁLEZ,* en protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, buena fe, debido proceso y acceso a cargos públicos; y amparó el derecho de petición respecto del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA.

LA SOLICITUD

El ciudadano *DAVID LONDOÑO GONZÁLEZ* reseña que se inscribió para el empleo identificado en la Oferta Pública de Empleos No. 60479, denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1, en el concurso

de méritos que tuvo lugar a partir de la Convocatoria 436 de 2017, promovida por la Comisión Nacional de Servicio Civil. Señala que para dicho empleo ocupó el 3 lugar, por lo que considera tiene derechos adquiridos sobre la consolidación de los resultados de todas las pruebas efectuadas, y sobre cuya base se debieron proveer los cargos en el *mismo empleo, en empleos equivalentes o de inferior jerarquía*, ubicados dentro del mismo nivel por solicitud de la entidad en este caso, EL SENA, dando aplicación a la Ley 1960 de 2019, esto además por cuanto la CNSC, declaró desiertos varios cargos con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1, los cuales presentan similitud funcional, con el cargo que se postuló.

Por tanto, explica que, la CNSC expide la resolución de lista de elegibles No. 20182120195175 del 24 de diciembre de 2018, con firmeza a partir del día desde el día 04 de marzo de 2019, para proveer una (01) vacante de la OPEC No 60479, con la denominación de INSTRUCTOR grado 1, donde ocupó el lugar número TERCERO de elegibilidad con 76.82 puntos definitivos.

De igual manera, señala que la CNSC tiene la obligación de conformar, organizar, manejar el Banco Nacional de Lista de elegibles para proveer los cargos declarados desiertos y los cargos temporales que tengan vacancias definitivas o que se creen posterior a la firmeza de las listas de elegibles vigentes, razón por la cual se expiden el Acuerdo 562 de 2016 de conformidad con la Ley 909 de 2004.

Posteriormente, el 27 de junio de 2019 se expide la Ley 1960 por la cual se modifica la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones, en la cual se establece en el artículo 6 numeral 4 que: *"4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad"*

Lo anterior, alude, permite el uso de lista de elegibles con cargos no ofertados tal como lo confirma la Comisión accionada en auto de enero del año en curso, por ello, el SENA reportó a la CNSC, unos cargos no ofertados para que se haga el uso de lista de elegibles; sin embargo, este proceso no se ha adelantado ya que siguen existiendo solicitudes de exclusión sin resolver.

Advierte de igual forma, que el 16 de enero de 2020 la CNSC expide el criterio unificado "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019" donde se deja la claridad y la obligatoriedad de hacer el uso de lista de elegibles con los cargos no ofertados posteriores a la entrada en vigencia de la mencionada Ley 1960 de junio de 2019.

Afirma que, pese a que su lista de elegibles vence el 03 de marzo de 2021, aun no se le ha dado la posibilidad de hacer uso vulnerando sus derechos fundamentales, al encontrarse como elegible para un cargo con la Denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1, le da derecho a que se le nombre en un cargo similar al que se presentó; más aún por cuanto varios de los cargos ofertados y no ofertados en las convocatorias de 2008, NO fueron provistas por parte de la CNSC y EL SENA, tratándose de un deber legal y no de una potestad por parte de las mencionadas entidades, sin que por parte de las accionadas le hayan realizado ofrecimiento de nombramiento en periodo de prueba en aplicación de la Ley 909 de 2004 y 1960 de 2019.

Del mismo modo, refiere que el 16 de agosto del cursante presentó derechos de petición ante la CNSC y el SENA, solicitando mi nombramiento en un cargo no ofertado con la Denominación Instructor de los cargos no ofertados y desiertos, con similitud funcional con el que se presentó en la convocatoria 436 de 2017; echando de menos una respuesta efectiva por parte de la última entidad referida.

Para sustento de lo expuesto, cita sendas jurisprudencias emitidas en sede de tutela proferidas por diferentes autoridades judiciales; y

además, referencia la sentencia T- 340 de 2020 de la Corte Constitucional.

Pretende que, en amparo de sus derechos fundamentales dignidad humana, garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del estado, igualdad, derecho de petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas vía merito, *así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica*, se ordene de manera inmediata a la CNSC y al SENA realizar el nombramiento en periodo de prueba y su posesión para un empleo bien sea que haya sido ofertado o no ofertado con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1. De forma adicional, se ordene a la CNSC, VERIFICAR una a una toda la planta de personal del SENA, para identificar todos los cargos con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1 con los núcleos básicos de conocimiento contemplados en la OPEC No 60479 a la cual se presentó dentro de la Convocatoria 436 de 2017.

Finalmente, el 20 de octubre, presentó escrito adicional reportando hechos nuevos sobre el uso de la lista de elegibles con cargos no ofertados, teniendo en cuenta que el veintidós (22) de septiembre de dos mil veinte (2020), la CNSC emite un nuevo criterio unificado, permitiendo el uso de lista de elegibles con empleos equivalentes de acuerdo a la Ley 909 de 2004, Ley 1960 de 2019 y Decreto 815 de 2018, incorporando nueva sentencias de tutela, en las cuales, se protegen los derechos de los accionantes en el en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017.

SENTENCIA IMPUGNADA

La a quo discurrió sobre los requisitos básicos de procedencia de la acción de tutela, subsiguientemente reseño lo concerniente a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos; la igualdad, la equidad y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa; los derechos constitucionales fundamentales de quienes

ocupan los primeros puestos en los concursos de méritos desarrollados por las entidades estatales.

Como primera medida determinó la inexistencia de la temeridad alegada por las accionadas, al respecto indicó que, *aunque existe similitud respecto del accionante y las entidades demandadas relacionadas en el escrito introductorio allegado al JUZGADO VEINTE (20) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN (ANTIOQUIA) y a este Estrado Judicial, la relación fáctica y pretensiones son completamente distintas, pues, aunque versan sobre la Convocatoria Nro. 436 de 2017, ante el Juzgado Administrativo se busca que ordene a las entidades demandadas la realización de una audiencia pública por áreas temáticas, para la selección del empleo entre todas las vacantes temporales, de acuerdo al orden de mérito establecido en la respectiva lista de elegibles, lo cual no tiene semejanza con las pretensiones contenidas en el escrito genitor asignado a esta Judicatura.*

Con posterioridad, describió los fundamentos fácticos del amparo impetrado por *LONDOÑO GONZÁLEZ*, explicó que la Ley 1960 de 2019, se aplica únicamente para aquellos procesos que iniciaron con posterioridad a la entrada en vigencia de esta norma, es decir, para aquellos procesos que iniciaron con anterioridad, las listas de elegibles se utilizarán para proveer los empleos que integraron la OPEC de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos *(entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes)*, pues, cuando el tutelista decidió participar en el concurso de méritos controvertido, aceptó las reglas, procedimientos y condiciones fijados en el Acuerdo Nro. 20171000000116 del 24 de julio de 2017.

En el caso concreto, adujo, que el querulante se inscribió para el empleo identificado con el código OPEC No, 60479, ocupando el tercer lugar en la lista de elegibles, el primer lugar fue nombrado en el único ofertado bajo dicho código; razón por la cual es necesario precisar que, de accederse a las pretensiones del interesado, ordenando a las demandadas

nombrarlo y posesionarlo en periodo de prueba para un empleo que haya sido ofertado o no, con la denominación *INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1*, desconocería las estrictas reglas del concurso, señaladas y determinadas en el Acuerdo Nro. 20171000000116, a la par que se vulnerarían los derechos adquiridos de las demás personas que participaron en la misma Convocatoria bajo el OPEC relacionado, pues, aún existe una persona que ostenta mejor posición que el accionante, dentro de las cuales varias personas también se debieron haber postulado desde el momento en que se hizo público el concurso de méritos, como quiera que las pautas del concurso son inmodificables y, en consecuencia, a las entidades no le es dado variarlas en ninguna fase del proceso, por cuanto se afectarían principios básicos, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular, razón por la cual se negará la solicitud hecha por el señor DAVID LONDOÑO GONZÁLEZ.

Además, afirmó que si su inconformidad subsiste cuenta con otro medio intrasistemático de resolución, es decir, la Jurisdicción Contencioso Administrativa, invocando para su beneficio el medio de control de nulidad o nulidad y restablecimiento de derecho, por cuanto el actor no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable.

Por lo anterior, negó la protección de las garantías constitucionales a la igualdad, trabajo, buena fe, debido proceso y acceso a cargos públicos invocadas por el señor LONDOÑO GONZÁLEZ.

De otra parte, tuteló el derecho de petición vulnerado por el SENA, ordenando *al señor CARLOS MARIO ESTRADA MOLINA, DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA), que dentro de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del presente fallo – si ya no lo hubiere hecho –, resuelva de fondo, de manera clara, precisa y congruente, las solicitudes contenidas en los numerales dos y tres (2 y 3) presentada por el señor DAVID LONDOÑO GONZÁLEZ el dieciséis (16) de agosto de dos mil veinte (2020), información que debe direccionar a la Calle 47 B N° 91 B- 10 (Medellín-Antioquia) o al correo electrónico vidilongo@gmail.com.*

LA IMPUGNACIÓN

El accionante adujo que el fallo de primera instancia carece de las condiciones necesarias a la sentencia proporcionada, teniendo en cuenta que, *se declaró mi acción de tutela prácticamente IMPROCEDENTE*, sin tener en cuenta los pronunciamientos de las altas cortes donde se ha dejado en claro de la procedencia de la acción de tutela en cualquier etapa de un concurso de méritos, como lo es en este caso.

En ese sentido, señaló que la CNSC cambio el criterio unificado el pasado 22 de septiembre de 2020 donde después de que la entidad analizo el uso de lista de elegibles aprobó su uso con empleos equivalentes; sin embargo, en su caso el SENA Y la CNSC pretenden aplacarlo solamente respecto del mismo empleo yendo en contravía del debido proceso administrativo. Así mismo asevera, que el juez de primera instancia, tampoco tuvo en cuenta la sentencia T 340 de la Honorable Corte Constitucional yendo en contra del precedente judicial.

De forma adicional, hizo alusión a los múltiples pronunciamientos emitidos en sede de tutela, respecto de situaciones análogas, esto es la aplicación de la Ley 1960 de 2019.

En sustento de sus argumentos, citó de forma extensa múltiples pronunciamientos emitidos en sede de tutela, respecto de situaciones análogas, esto es la aplicación de la Ley 1960 de 2019.

Con todo, solicitó que se revocara el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia para que se amparen los derechos fundamentales que considera transgredidos.

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Al tenor del artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, modificado por el Decreto 1382 de

2000, ratificado en el Decreto 1069 de 2015, este último modificado por el Decreto 1983 de 2017, normas que rigen el reparto de las acciones de tutela, el a quo podía tramitar y decidir la solicitud del demandante *LONDOÑO GONZÁLEZ.*

Atendida la naturaleza jurídica de la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad pública del orden nacional de acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 130 de la Carta Política, en armonía con el artículo 7o de la Ley 909 de 2004.

En este orden de ideas, en virtud del factor contemplado en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, ningún reparo suscita la competencia de esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación. Ello, pues al tenor del artículo 168 de la Ley 1098 de 2006, tiene la condición de superior en el ámbito referido del funcionario de primera instancia.

2. Análisis del caso concreto.

De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política antes citado, la tutela constituye un mecanismo residual que permite la intervención inmediata del juez constitucional en aras de proteger los derechos fundamentales ante su vulneración o amenaza por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, tratándose de estos últimos en los casos previstos en la norma en referencia. Esa acción pública está caracterizada además, de acuerdo con las previsiones del artículo 3 del Decreto 2591 de 1991, por los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia.

Así las cosas, para determinar la prosperidad de la tutela presentada por la accionante y, consecuentemente, de la impugnación presentada contra el fallo de primera instancia, resulta necesario verificar la existencia o no de una situación de menoscabo o riesgo para los derechos de tal rango. De igual modo, la carencia del medio ordinario de defensa judicial, a menos, desde luego, que el mismo sea ineficaz, o resulte viable el amparo con carácter de mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; en

fin, en las hipótesis excepcionales contempladas en el artículo 6, numeral 1, ibídem.

En desarrollo de dicho cometido, sea lo primero indicar, que *LONDOÑO GONZÁLEZ* pretende la protección para sus derechos fundamentales al trabajo, al acceso a cargos públicos, a la igualdad, al debido proceso y petición, cuyo rango fundamental de manera alguna se discute de conformidad con los artículos 11, 13, 23, 25 y 29 de la Carta Política.

También, que atribuye su vulneración, a la CNSC y al SENA. Ello, por cuanto aduce que luego de participar en el concurso de méritos Convocatoria 436 de 2017 por la Comisión Nacional de Servicio Civil, logró obtener el puesto 3 en el cargo INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1 y pese a que varios de los cargos ofertados y no ofertados en la convocatoria en mención aún no han sido provistas, no se le ha dado la posibilidad de hacer uso de Lista de Elegibles en la que se encuentra. En ese sentido, arguye que, de acuerdo a la Ley 906 de 2004, el acuerdo 562 de 2016 y la Ley 1960 de 2019, les corresponde a las entidades accionadas hacer uso de dicha lista de elegibles con cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso.

Como primera medida, debe precisar la Sala, sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos dentro de un concurso de méritos; con fundamento en las características de residualidad y subsidiariedad que reviste la acción de tutela, han sido reiterados los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los cuales ha precisado que esta acción es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos en el marco de una convocatoria o concurso de méritos, ya que para debatir la legalidad de aquéllos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda la

suspensión provisional del acto como medida cautelar. Bajo esa premisa, la Corte ha precisado lo siguiente[1]:

> *En ese sentido, la Corte ha indicado que la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Lo anterior se debe a que dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, quien pretenda controvertir el contenido de un acto administrativo, debe acudir a las acciones que para tales fines existe en la jurisdicción contencioso administrativa.*

Sin embargo, lo anterior no obsta para que, en casos excepcionales, cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, el juez pueda conceder la protección transitoria, mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto. De manera que para admitir la procedencia de la acción de tutela deben observarse las siguientes reglas:

> *(i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y,*
>
> *(ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.*

Esa postura fue reafirmada por la misma Corporación en sentencia SU-553/15, donde la Corte abordó el estudio de un asunto similar al aquí planteado y fijó un derrotero sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela frente a los actos administrativos en materia de concurso de méritos, que busca evitar un perjuicio irremediable por cuanto la lista de elegibles pierde vigencia:

> *La jurisprudencia constitucional ha determinado que existen casos excepcionales en los que no opera la regla general de improcedencia de la acción de tutela contra este tipo de actos administrativos. El primer supuesto, es cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor; y el segundo, cuando el accionante ejerce la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable. De ahí que, en ciertos casos, cuando la acción de tutela se interpone contra actos administrativos relacionados con concursos de méritos, el perjuicio irremediable que se pretendería evitar son las consecuencias negativas que se derivan de la pérdida de vigencia*

[1] Sentencia T-045/11. También pueden consultarse: sentencias T-100/94, 046/95, 455/96, 256/95, 315/98, 1198/01, 599/02, 600/02 y 654/11.

> *de la lista de elegibles, las cuales no se podrían impedir si exige al tutelante el previo agotamiento de los medios de control dispuestos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo para reclamar la protección de su derecho, por la extensa duración de su trámite.*

De igual forma, en este pronunciamiento la Corte precisó que las controversias que sobre la protección de derechos fundamentales se susciten dentro de un concurso de méritos, por el corto plazo del mismo exigen soluciones prontas, eficientes y eficaces, que en la mayoría de los casos únicamente se logran a través de la jurisdicción constitucional por vía de tutela.

Como las prenotadas circunstancias son evidentes en el presente asunto, si se superan otros niveles de análisis, procederá el amparo constitucional peticionado.

En segundo lugar, esta Corporación concreta lo atinente al derecho fundamental al debido proceso administrativo en los concursos de méritos, esto es la convocatoria como ley del concurso; el artículo 125 de la Carta Política, concerniente a la carrera administrativa y los concursos de méritos, establece lo siguiente:

> *ARTICULO 125. 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.*
> *Todos los servidores públicos serán designados por concurso público de méritos, salvo aquellos respecto de quienes la Constitución o la ley establezcan un mecanismo de designación especial. De esta disposición quedan exceptuados los ministros, los viceministros, los jefes de departamento administrativo, los secretarios de despachos departamentales y municipales y los gerentes o directores de las entidades descentralizadas de todo orden.*
>
> *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.*

En particular este artículo 125 superior consagra que el nombramiento de funcionarios en cargos de carrera debe hacerse, salvo excepciones constitucionales o legales, mediante concurso público. Esta disposición constitucional establece, como regla general, el mérito como criterio tanto para el ingreso y el ascenso, como para la permanencia en la carrera, y de dicha disposición normativa igualmente se desprende que

la carrera administrativa se desarrolla en tres momentos diferentes: el ingreso, el ascenso y el retiro.

Ahora bien, sobre la creación de sistemas específicos o especiales de carrera administrativa, la Corte Constitucional en Sentencia C-563/00, dijo:

> *No se trata entonces de exceptuar a esas entidades del régimen de carrera, sino de diseñar un sistema especial para cada una de ellas, dada su singularidad y especificidad; los regímenes especiales o 'sistemas específicos' como los denominó en legislador en la norma impugnada, son carreras administrativas reguladas por normas propias, que atienden, de una parte la singularidad y especificidad de las funciones que a cada una de ellas corresponde y de otra los principios generales que orientan la carrera administrativa general contenidos en la ley general que rige la materia.*
>
> *Los sistemas específicos de carrera son constitucionales en la medida en que respeten el principio general, esto es que establezcan procedimientos de selección y acceso basados en el mérito personal, las competencias y calificaciones específicas de quienes aspiren a vincularse a dichas entidades, garanticen la estabilidad de sus servidores, determinen de conformidad con la Constitución y la ley las causales de retiro del servicio y contribuyan a la realización de los principios y mandatos de la Carta y de los derechos fundamentales de las personas, a tiempo que hagan de ellos mismos instrumentos ágiles y eficaces para el cumplimiento de sus propias funciones, esto es, para satisfacer, desde la órbita de su competencia, el interés general.*

Es así como, se excluyen de la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, los servidores de los siguientes órganos: Contraloría General de la República; PGN; Rama judicial del poder público; Fiscalía General de la Nación; las Fuerzas Armadas; y, la Policía Nacional, por ser todos ellos de creación constitucional, pero ello no significa que no exista para éstos el principio de la carrera, ni mucho menos, que estén exentos de administración y vigilancia estatal.

En relación con los concursos de méritos, la jurisprudencia constitucional ha señalado que se vulnera el principio de confianza legítima cuando la administración cambia las reglas de juego aplicables a los concursos y sorprende a los aspirantes que se sujetaron de buena fe a ellas. Entre otras, en Sentencia T-256/95, la Corte Constitucional dijo:

> *Al señalarse por la administración las bases del concurso, estas se convierten en reglas particulares obligatorias tanto para los participantes como para aquélla; es decir, que a través de dichas reglas la administración*

> *se autovincula y autocontrola, en el sentido de que 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, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección. Por consiguiente, cuando la administración se aparta o desconoce las reglas del concurso o rompe la imparcialidad con la cual debe actuar, o manipula los resultados del concurso, falta a la buena fe (art. 83 C.P.), incurre en violación de los principios que rigen la actividad administrativa (igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad), y por contera, puede violar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de quienes participaron en el concurso y resultan lesionados en sus intereses por el proceder irregular de aquélla.*

Igualmente, manteniendo la línea jurisprudencial, esa misma Corporación, en la sentencia SU-913/09 determinó que las reglas señaladas en las convocatorias de los concursos son inmodificables, salvo que sean contrarias a la Constitución o a la ley o vulneren derechos fundamentales de las personas.

En punto a la obligatoriedad de las reglas del sistema de carrera administrativa y del concurso de méritos[2], la Corte Constitucional ha sido enfática en lo siguiente:

> *Como se anunció con antelación, la Corte Constitucional mediante la sentencia SU-446/11[3], se pronunció acerca del concurso público de méritos iniciado por la Fiscalía General de la Nación en el 2007, para proveer una serie de cargos mediante el sistema de carrera administrativa.*
>
> *En ese fallo esta corporación recordó que la carrera administrativa es un principio de raigambre constitucional[4], contenido en el artículo 125 superior que establece el mérito[5] como el criterio para proveer cargos públicos, el cual se materializa idóneamente mediante el concurso público.*
>
> *La Corte indicó que la convocatoria es la norma reguladora de todo concurso[6] que obliga a la administración, a las entidades contratadas para efectuarlo y a los concursantes; actores que deben respetar y observar todas las reglas y condiciones, al igual que los principios de la función pública[7], como la transparencia, la publicidad, la imparcialidad y las expectativas legítimas.*
>
> *En la sentencia que se viene reiterando se explicó que las reglas del concurso son invariables, tal como expuso la Corte Constitucional en el fallo SU-913/09, donde se revisaron una serie de expedientes de acciones de*

---

[2] Se retoma lo dicho por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, sentencia de tutela de 7 de diciembre de 2016, radicación 11001220400020160286400.
[3] Salvamento de voto de los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Humberto Antonio Sierra Porto y aclaración de voto del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.
[4] Cfr. C-588/09.
[5] El artículo 2° de la Ley 909 de 2004, por la cual se expidieron normas sobre el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, dice que el mérito, las calidades personales y de la capacidad profesional, son *"los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública"*.
[6] Cfr. sentencias C-1040/07 y C-878/08.
[7] Artículo 2° Ley 909 de 2004.

tutela interpuestas con ocasión del concurso público de méritos realizado para designar notarios en el país.

En la sentencia SU-913/09, tal como se consignó en la SU-446/11, se precisó que las reglas que rigen una convocatoria a concurso público para acceder a un cargo de carrera son intangibles en todas las etapas, salvo que vulneren la Constitución, la ley o derechos fundamentales, pues de lo contrario se desconocería el derecho a la igualdad.

En dichos fallos se puntualizó que la convocatoria y la lista de elegibles, una vez en firme, son inmodificables, toda vez que su desconocimiento conllevaría conculcar los principios de raigambre constitucional como la buena fe y la confianza legítima inherentes al concurso, junto con la afectación de los derechos de los asociados en general y de los participantes.

En igual sentido, en el fallo SU-446/11 se analizó la naturaleza jurídica de la lista de elegibles, sintetizando que se trata de un acto administrativo de carácter particular que permite la provisión de los cargos convocados. Se explicó que su conformación constituye la fase concluyente del sistema de nombramiento por concurso, pues en esa etapa se erige el estricto orden de mérito de quienes deberán ser designados en las plazas ofertadas.

El pleno de esta corporación indicó en el mismo fallo que la lista tiene un carácter temporal, determinado por la vigencia específica fijada, de donde se deriva (i) su obligatoriedad, pues las vacantes convocadas deben ser cubiertas con la lista, durante su vigencia; y (ii) la imposibilidad de que la entidad realice un nuevo concurso en dicho interregno, hasta tanto no se agoten todas las vacantes que fueron inicialmente ofertadas.

La Corte señaló también en aquella decisión que una vez conformada la lista, se materializa el principio del mérito al que alude el artículo 125 de la Constitución, como quiera que en ese momento la administración queda compelida a proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes o los ocupados con personas en provisionalidad, siempre que hayan sido ofertados.

En el caso sub examine, la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a un concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje. Entre los empleos ofertados, dentro de la Convocatoria 436 de 2017- SENA, se encontraba el identificado con código OPEC 60479, denominado Instructor, Código 3030, Grado 1, para el cual se ofertó una vacante ubicada en el municipio de Medellín.

DAVID LONDOÑO GONZÁLEZ participó en el concurso de méritos para ocupar el cargo identificado con código OPEC 60479; no obstante, al haber ocupado el tercer lugar en la lista de elegibles, no pudo acceder a dicho cargo, pues, fue designada la persona que tenía mejor derecho que él.

Al respecto, la Sala no puede dejar de advertir que la discusión se presenta sobre el procedimiento que regula la conformación del Banco Nacional de Listas de Elegibles y la utilización de las listas de elegibles, puesto que el accionante considera que tienen una expectativa legítima de ser incluido en aquellas que debe conformarse para cubrir los cargos vacantes no convocados o declarados desiertos, bajo la modificación introducida con la Ley 1960 de 2019.

El parágrafo del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 648 de 2017[8], dispone que *"…una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas durante su vigencia, solo 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."*

Conforme la norma transcrita, en principio es claro que, las vacantes que se encuentren como *"no convocadas"* no son susceptibles de ser surtidas con las listas de elegibles actuales, por lo cual no le asiste razón a la parte actora al pretender que se conforme la lista de elegibles a nivel departamental y/o nacional de los empleos que no fueron convocados.

Sin embargo, con la Ley 1960 de 2019[9], el legislador permite la conformación de listas de elegibles a nivel departamental o nacional para ocupar cargos con similitud funcional a los empleos inicialmente provistos. En efecto, el artículo 6.º de la precitada Ley, dice:

> *"…Artículo 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:*
>
> *Artículo 31. El proceso de selección comprende:*
> *(…)*
> *4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto*

[8] Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública.
[9] Por la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el decreto ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones.

> *orden de mérito la lista de elegibles que tendrán una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad…" (Subraya del Despacho)*

De lo anterior, se concluye que las listas de elegibles cubren las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y aquellas definitivas en cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso.

Al respecto, es de obligada remisión la sentencia T-340 de 2020, mediante la cual se analizó la retrospectividad de la aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, al respecto precisó:

> *Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.*
>
> *Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles "se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer". Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen un derecho subjetivo y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición.* ***Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004****.*
>
> *Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas,* ***por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley****.* ***Lo anterior***

> ***no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso.***
>
> *Por último, se aclara que en este caso no se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto de los potenciales aspirantes que podrían presentarse a los concursos públicos de méritos para acceder a los cargos que ahora serán provistos con las listas de elegibles vigentes en aplicación de la nueva ley. En efecto, tanto la situación de quienes tienen derechos adquiridos como de quienes aún no han consolidado derecho alguno, están reservadas para las personas que conformaron las listas de elegibles vigentes al momento de expedición de la ley, de manera que el resto de la sociedad está sujeta a los cambios que pueda introducir la ley en cualquier tiempo, por cuanto, en esas personas indeterminadas no existe una situación jurídica consolidada ni en curso.* (Negrilla y subrayas propias)

Bajo las anteriores consideraciones, es claro que el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, es aplicable, en virtud del efecto retrospectivo de la ley a los concursos de méritos que se encuentran en desarrollo y a aquellos que tienen lista de elegibles vigente, pero cuyas situaciones jurídicas aún no se han concretado en relación con algunos de los participantes, porque no han sido nombrados en período de prueba. En esa medida, las vacantes que se presenten en cargos equivalentes deben ser provistas con las listas de elegibles vigentes, aun cuando no hayan sido ofrecidos al inicio del concurso.

En el presente asunto, se tiene que actualmente el actor es integrante de la lista de elegibles conformada mediante la resolución 20182120195175 del 24 de diciembre de 2018 (vigente) y el actor no ha sido nombrado en período de prueba, por lo que el derecho aún no se ha consolidado, motivo por el cual, le es aplicable la Ley 1960 de 2019.

Así entonces, bajo ese parámetro jurisprudencial es forzoso concluir que los criterios de unificación emitidos por la CNSC de 16 de enero y de 6 de agosto de 2020, restringen la aplicación de la Ley 1960 de 2019, toda vez que si bien dichos criterios establecen la posibilidad de cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, limita éste último concepto, a aquellos empleos que

tengan igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; limitaciones de ubicación geográfica y de temporalidad que no se encuentran contenidas en la Ley 1960 de 2019, pues en criterio de esta Ley, las vacantes no convocadas (no ofrecidas al inicio del concurso) pueden ocuparse a partir de listas de elegibles que se conformen, y se encontraren vigentes antes de la expedición de la ley 1960 de 2019.

En conclusión, para la Sala resulta diáfano que con la negativa de las entidades accionadas de dar aplicación a la Ley 1960 de 2019, se vulneran los derechos al debido proceso, al acceso a los cargos públicos, al trabajo y a la confianza legítima del señor *DAVID LONDOÑO GONZÁLEZ*, razón por la cual se ordenará a la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, en el territorio nacional, respecto del empleo relacionado con la OPEC 60479, al cual concursó el accionante.

Cumplido lo anterior y, de ser procedente, en el término de los quince (15) días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberán efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 60479, tal como lo dispone la ley 1960 de 2019.

Vencido el término anterior y previo estudio del cumplimiento de los requisitos mínimos, dentro de los cinco (5) días siguientes, el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberá efectuar el nombramiento en período de prueba, de quienes tienen el mejor derecho en los cargos equivalentes vacantes no convocados al cual optaron, respetando en todo caso, el orden de elegibilidad de la lista que se conforme para tal efecto.

En ese orden de ideas, el fallo de primera instancia será revocado parcialmente, esto es, el numeral 4, y en su lugar se ampararán los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a los cargos

públicos, al trabajo y a la confianza legítima del ciudadano *DAVID LONDOÑO GONZÁLEZ*; y se emitirán las ordenes pertinentes.

En lo restante se confirmará el fallo confutado.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión de Tutela, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. REVOCAR parcialmente el fallo de fecha, naturaleza y origen indicados en cuanto se negó la tutela impetrada por el ciudadano *DAVID LONDOÑO GONZÁLEZ*. En su lugar, conceder el amparo judicial para los derechos al debido proceso, al acceso a los cargos públicos, al trabajo y a la confianza legítima.

En consecuencia, ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, en el territorio nacional, respecto del empleo relacionado con la OPEC 60479, al cual concursó el accionante.

Cumplido lo anterior y, de ser procedente, en el término de los quince (15) días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC y el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberán efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 60479, tal como lo dispone la ley 1960 de 2019.

Vencido el término anterior y previo estudio del cumplimiento de los requisitos mínimos, dentro de los cinco (5) días siguientes, el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberán efectuar el nombramiento en período de prueba, de quienes tienen el mejor derecho en los cargos

vacantes no convocados al cual optaron, respetando en todo caso, el orden de elegibilidad de la lista que se conforme para tal efecto.

2. CONFIRMAR en los demás aspectos el fallo de primera instancia.

3. ORDENAR que en firme este pronunciamiento se remitan las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE
Magistrado

FERNANDO ADOLFO PAREJA REINEMER
Magistrado

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA PARA ADOLESCENTES

Magistrado Ponente	:	John Jairo Ortiz Álzate
Referencia	:	11001311805202000113 01 [5.064]
Accionante	:	Oscar Javier Alford Muñoz
Accionado	:	Comisión Nacional del Servicio Civil. Otra
Decisión	:	Revoca. Tutela

Aprobado en acta No.0147A

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

ASUNTO

La Sala decide la impugnación impetrada contra el fallo de noviembre 24 de 2020 mediante el cual el Juzgado 5 Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Bogotá declaró improcedente la tutela interpuesta por el ciudadano *OSCAR JAVIER ALFORD MUÑOZ,* en protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad, petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos de función pública, confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica, cuya vulneración atribuyó a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA.

LA SOLICITUD

Del farragoso y deshilvano escrito tutelar, se extracta para los fines que interesa enfatizar, que el ciudadano *OSCAR JAVIER ALFORD* MUÑOZ se inscribió en la convocatoria No. 436 de 2017 *"para proveer*

definitivamente por concurso abierto de méritos, los empleos vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA", para el empleo identificado con la denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1, OPEC No. 59820, promovida por la Comisión Nacional de Servicio Civil. Señala que para dicho empleo ocupó el 2 lugar, por lo que considera tiene derechos adquiridos sobre la consolidación de los resultados de todas las pruebas efectuadas, y sobre cuya base se debieron proveer los cargos en el *mismo empleo, en empleos equivalentes o de inferior jerarquía*, ubicados dentro del mismo nivel por solicitud de la entidad en este caso, EL SENA, dando aplicación a la Ley 1960 de 2019, esto además por cuanto la CNSC, declaró desiertos varios cargos con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1, los cuales presentan similitud funcional, con el cargo que se postuló.

Por tanto, explica que, la CNSC expide la resolución de lista de elegibles No. 20182120188225 del 24 de diciembre de 2018, con firmeza a partir del día desde el día 15 de enero de 2019, para proveer una (01) vacante de la OPEC No. 59820, con la denominación de INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010 grado 1, donde ocupó el lugar número SEGUNDO de elegibilidad con 86.63 puntos definitivos.

De igual manera, señala que la CNSC tiene la obligación de conformar, organizar, manejar el Banco Nacional de Lista de elegibles para proveer los cargos declarados desiertos y los cargos temporales que tengan vacancias definitivas o que se creen posterior a la firmeza de las listas de elegibles vigentes, razón por la cual se expiden el Acuerdo 562 de 2016 de conformidad con la Ley 909 de 2004.

Posteriormente, el 27 de junio de 2019 se expide la Ley 1960 por la cual se modifica la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones, en la cual se establece en el artículo 6 numeral 4 que: *"4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes*

para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad"

Lo anterior, alude, permite el uso de lista de elegibles con cargos no ofertados tal como lo confirma la Comisión accionada en auto de enero del año en curso, por ello, el SENA reportó a la CNSC, unos cargos no ofertados para que se haga el uso de lista de elegibles; sin embargo, este proceso no se ha adelantado ya que siguen existiendo solicitudes de exclusión sin resolver.

Advierte de igual forma, que el 16 de enero de 2020 la CNSC expide el criterio unificado *"uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019"* donde se deja la claridad y la obligatoriedad de hacer el uso de lista de elegibles con los cargos no ofertados posteriores a la entrada en vigencia de la mencionada Ley 1960 de junio de 2019.

Afirma que, pese a que su lista de elegibles vence el 14 de enero de 2021, aun no se le ha dado la posibilidad de hacer uso vulnerando sus derechos fundamentales, al encontrarse como elegible para un cargo con la Denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1, lo que le da derecho a que se le nombre en un cargo similar al que se presentó; más aún por cuanto varios de los cargos ofertados y no ofertados en las convocatorias de 2008, NO fueron provistas por parte de la CNSC y EL SENA, tratándose de un deber legal y no de una potestad por parte de las mencionadas entidades, sin que por parte de las accionadas le hayan realizado ofrecimiento de nombramiento en periodo de prueba en aplicación de la Ley 909 de 2004 y 1960 de 2019.

Del mismo modo, refiere que el 12 de agosto del cursante presentó derechos de petición ante la CNSC y el SENA, solicitando su nombramiento en un cargo no ofertado con la Denominación Instructor de los cargos no ofertados y desiertos, con similitud funcional con el que se presentó en la convocatoria 436 de 2017; echando de menos una respuesta efectiva por parte de la última entidad referida.

Para sustento de lo expuesto, cita sendas jurisprudencias emitidas en sede de tutela proferidas por diferentes autoridades judiciales; y además, referencia la sentencia T- 340 de 2020 de la Corte Constitucional.

Finalmente, indica que instauró acción de tutela solicitando su nombramiento en periodo de prueba en un cargo no ofertado dando aplicación a la ley 1960 de 2019, dicha tutela fue admitida en el Juzgado 2 Circuito adscrito al SRPA – CFC. Con el número 08-001-31-18-002-2.020-00055- 00 y a su vez le exigió *para que aportara direcciones, correo electrónico y nombres de las personas que se hallan integrando EL LISTADO DE ELEGIBLES para el precitado cargo (cuya posesión reclama activa), a fin de sanear lo instado en forma primigenia; para lo cual se le otorgó LAPSO DE TRES (3) DÍAS*, información esta que le fue imposible obtener por lo que el 19 de octubre pasado, dicho estrado judicial RECHAZÓ de plano su acción de tutela.

En igual sentido, agregó la existencia de hechos nuevos sobre el uso de la lista de elegibles con cargos no ofertados, teniendo en cuenta que el veintidós (22) de septiembre de dos mil veinte (2020), la CNSC emite un nuevo criterio unificado, permitiendo el uso de lista de elegibles con empleos equivalentes de acuerdo a la Ley 909 de 2004, Ley 1960 de 2019 y Decreto 815 de 2018.

Así las cosas, pretende que, en amparo de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, *garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del estado*, igualdad, derecho de petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas vía merito, *así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica*, se ordene de manera inmediata a la CNSC y al SENA realizar el nombramiento en periodo de prueba y su posesión para un empleo bien sea que haya sido ofertado o no ofertado con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1. De forma adicional, se ordene a la CNSC, VERIFICAR una a una toda la planta de personal del SENA, para identificar todos los cargos con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1 con los núcleos básicos de

conocimiento contemplados en la OPEC No 59820 a la cual se presentó dentro de la Convocatoria 436 de 2017. Así como se dé respuesta de fondo al derecho de petición radicado el 19 de agosto de 2020.

SENTENCIA IMPUGNADA

El a quo discurrió sobre los requisitos básicos de procedencia de la acción de tutela, subsiguientemente reseño lo concerniente a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos.

Seguidamente mencionó que: *Este Despacho tuvo conocimiento del fallo emitido por citado juzgado de Ejecución de Penas, con ocasión de la llamada que hiciera la señora secretaria del Juzgado Tercero Homólogo, informando que a ese Despacho les correspondió por reparto del 17 de noviembre de 2020, la tutela presentada por el aquí accionante, contra las mismas entidades, los mismos hechos, identidad de pretensiones, y al correr el debido traslado, la CNSC, les informó que este Juzgado también le había puesto en conocimiento días antes la presente tutela, la cual nos fuera repartida el 10 de los corrientes, es decir 7 días antes.*

Bajo ese entendido, el Despacho profundizó sobre la temeridad, concluyendo que, *frente a estos planteamientos jurisprudenciales, en el caso concreto, el señor ALFORD MUÑOZ, ya había acudido a la acción de tutela a solicitar los mismos derechos aquí invocados, cuya pretensión principal radica en que al estar próxima a vencerse la lista de elegibles para el cargo al cual concursó, solicita se ordene a las accionadas, le informen si hay concursantes que no aceptaron el nombramiento y cuantos (sic) son, para que se continúe haciendo uso de la lista de elegibles en estricto orden de mérito, hasta cubrir las vacantes ofertadas en esa convocatoria, antes que se venzan los dos años. Y para ello a su juicio se debe dar aplicación la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, por cuanto tiene derechos adquiridos sobre la consolidación de los resultados de todas las pruebas efectuadas, sobre cuya base debieron proveer los cargos en el mismo empleo, en empleos equivalentes o de inferior jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel por solicitud de la entidad en este caso, el SENA; además, porque la CNSC, declaró desiertos varios cargos con la misma denominación, similitud funcional, para el cargo que se postuló y se encuentra como elegible..*

En el caso concreto, adujo, que frente a esos aspectos ya hubo un pronunciamiento, tutelándose el derecho al debido proceso, como se acotó en precedencia, por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla, pretensiones frente a las cuales nuevamente acudió por vía de tutela y que es objeto de estudio en el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, sin que aparezcan eventos nuevos en el trámite de la misma, por lo que no se puede justificar la presentación de múltiples tutelas, dado que se acredita la configuración de la temeridad, por cuanto hay identidad de partes, identidad de causa pretendi, identidad de objeto y por último , no se evidencia de un argumento nuevo y válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio de esta acción constitucional.

Además, afirmó que no se cumple el requisito de subsidiariedad, como quiera que el accionante tiene otros medios de defensa judicial contra las decisiones tomadas por el SENA o la CNSC, los cuales se expresan en actos administrativos, demandables ante la jurisdicción contenciosa administrativa, establecidos en la Ley 1437 de 2011, con la posibilidad de solicitar como medida cautelar la suspensión de los actos administrativos que considere fueron ilegales o inconstitucionales. O si lo debatido consiste en la aplicación de la Ley 1960 de 2019, el mecanismo judicial principal es la acción de cumplimiento. Así mismo, no se encuentra probado el requisito de que el accionante se encuentre en un perjuicio irremediable.

Por lo anterior, declaró improcedente la acción instaurada por el señor *ALFORD MUÑOZ*.

LA IMPUGNACIÓN

El accionante adujo que el fallo de primera instancia carece de las condiciones necesarias a la sentencia proporcionada, teniendo en cuenta que, se declaró la acción de tutela improcedente, sin tener en cuenta los pronunciamientos de las altas cortes donde se ha dejado en claro de la procedencia de la acción de tutela en cualquier etapa de un concurso de méritos, como lo es en este caso.

En ese sentido, señaló que la CNSC cambio el criterio unificado el pasado 22 de septiembre de 2020 donde después de que la entidad analizo el uso de lista de elegibles aprobó su uso con empleos equivalentes; sin embargo, en su caso el SENA Y la CNSC pretenden aplacarlo solamente respecto del mismo empleo yendo en contravía del debido proceso administrativo. Así mismo asevera, que el juez de primera instancia, tampoco tuvo en cuenta la sentencia T 340 de la Honorable Corte Constitucional yendo en contra del precedente judicial.

De forma adicional, hizo alusión a los múltiples pronunciamientos emitidos en sede de tutela, respecto de situaciones análogas, esto es la aplicación de la Ley 1960 de 2019.

Con todo, solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia para que en su lugar se amparen los derechos fundamentales que considera transgredidos.

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Al tenor del artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, modificado por el Decreto 1382 de 2000, ratificado en el Decreto 1069 de 2015, este último modificado por el Decreto 1983 de 2017, normas que rigen el reparto de las acciones de tutela, el a quo podía tramitar y decidir la solicitud del demandante *ALFORD MUÑOZ.*

Atendida la naturaleza jurídica de la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad pública del orden nacional de acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 130 de la Carta Política, en armonía con el artículo 7o de la Ley 909 de 2004.

En este orden de ideas, en virtud del factor contemplado en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, ningún reparo suscita la competencia de esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación. Ello, pues al tenor del

artículo 168 de la Ley 1098 de 2006, tiene la condición de superior en el ámbito referido del funcionario de primera instancia.

2. Análisis del caso concreto.

De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política antes citado, la tutela constituye un mecanismo residual que permite la intervención inmediata del juez constitucional en aras de proteger los derechos fundamentales ante su vulneración o amenaza por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, tratándose de estos últimos en los casos previstos en la norma en referencia. Esa acción pública está caracterizada además, de acuerdo con las previsiones del artículo 3 del Decreto 2591 de 1991, por los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia.

Así las cosas, para determinar la prosperidad de la tutela presentada por la accionante y, consecuentemente, de la impugnación presentada contra el fallo de primera instancia, resulta necesario verificar la existencia o no de una situación de menoscabo o riesgo para los derechos de tal rango. De igual modo, la carencia del medio ordinario de defensa judicial, a menos, desde luego, que el mismo sea ineficaz, o resulte viable el amparo con carácter de mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; en fin, en las hipótesis excepcionales contempladas en el artículo 6, numeral 1, ibídem.

Inicialmente, teniendo en cuenta la decisión emitida en primera instancia, en sede de impugnación se hizo necesario requerir a las autoridades mencionadas (Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla – Atlántico y Juzgado 3 Penal del Circuito para adolescentes de Bogotá), a fin de establecer realmente la existencia o no de la temeridad decretada, esto toda vez que en expediente digital remitido no se halló copia de las piezas procesales correspondientes, necesarias para determinar la existencia de dicha figura procesal, esto es el escrito de tutela y el fallo, requerimiento que fue debidamente atendido por las autoridades judiciales en comento.

En este punto se debe indicar que el análisis se realizará respecto de la acción de tutela instaurada ante el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla – Atlántico y la que correspondió al Juzgado a quo, toda vez que la conocida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito para adolescentes fue repartida en fecha posterior y por lo tanto el fallo proferido no tendría incidencia en la presente acción constitucional.

Ahora bien, revisados los elementos probatorios allegados establece la Sala que no se trata de una acción temeraria, como quiera que, aunque existe similitud respecto del accionante y las entidades demandadas relacionadas en el escrito introductorio allegado al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla – Atlántico y a este Estrado Judicial, la relación fáctica y pretensiones son completamente distintas, pues, aunque versan sobre la Convocatoria Nro. 436 de 2017; ante el Juzgado de Ejecución de Penas, se busca que ordene a las entidades demandadas la realización de una audiencia pública por áreas temáticas, para la selección del empleo entre todas las vacantes temporales, de acuerdo al orden de mérito establecido en la respectiva lista de elegibles, lo cual no tiene semejanza con las pretensiones contenidas en el escrito genitor asignado a esta Judicatura, en consecuencia se procederá a su análisis.

En desarrollo de dicho cometido, sea lo primero indicar, que *ALFORD MUÑOZ* pretende la protección para sus derechos fundamentales al trabajo, al acceso a cargos públicos, a la igualdad, al debido proceso y petición, cuyo rango fundamental de manera alguna se discute de conformidad con los artículos 11, 13, 23, 25 y 29 de la Carta Política.

También, que atribuye su vulneración, a la CNSC y al SENA. Ello, por cuanto aduce que luego de participar en el concurso de méritos Convocatoria 436 de 2017 por la Comisión Nacional de Servicio Civil, logró obtener el puesto 2 en el cargo INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1 y pese a que varios de los cargos ofertados y no ofertados en la convocatoria en mención aún no han sido provistas, no se le ha dado la posibilidad de hacer uso de Lista de Elegibles en la que se encuentra. En

ese sentido, arguye que, de acuerdo a la Ley 906 de 2004, el acuerdo 562 de 2016 y la Ley 1960 de 2019, les corresponde a las entidades accionadas hacer uso de dicha lista de elegibles con cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso.

Como primera medida, debe precisar la Sala, sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos dentro de un concurso de méritos; con fundamento en las características de residualidad y subsidiariedad que reviste la acción de tutela, han sido reiterados los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los cuales ha precisado que esta acción es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos en el marco de una convocatoria o concurso de méritos, ya que para debatir la legalidad de aquéllos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda la suspensión provisional del acto como medida cautelar. Bajo esa premisa, la Corte ha precisado lo siguiente[1]:

> *En ese sentido, la Corte ha indicado que la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Lo anterior se debe a que dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, quien pretenda controvertir el contenido de un acto administrativo, debe acudir a las acciones que para tales fines existe en la jurisdicción contencioso administrativa.*

Sin embargo, lo anterior no obsta para que, en casos excepcionales, cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, el juez pueda conceder la protección transitoria, mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto. De manera que para admitir la procedencia de la acción de tutela deben observarse las siguientes reglas:

> *(i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y,*

[1] Sentencia T-045/11. También pueden consultarse: sentencias T-100/94, 046/95, 455/96, 256/95, 315/98, 1198/01, 599/02, 600/02 y 654/11.

> *(ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.*

Esa postura fue reafirmada por la misma Corporación en sentencia SU-553/15, donde la Corte abordó el estudio de un asunto similar al aquí planteado y fijó un derrotero sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela frente a los actos administrativos en materia de concurso de méritos, que busca evitar un perjuicio irremediable por cuanto la lista de elegibles pierde vigencia:

> *La jurisprudencia constitucional ha determinado que existen casos excepcionales en los que no opera la regla general de improcedencia de la acción de tutela contra este tipo de actos administrativos. El primer supuesto, es cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor; y el segundo, cuando el accionante ejerce la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable. De ahí que, en ciertos casos, cuando la acción de tutela se interpone contra actos administrativos relacionados con concursos de méritos, el perjuicio irremediable que se pretendería evitar son las consecuencias negativas que se derivan de la pérdida de vigencia de la lista de elegibles, las cuales no se podrían impedir si exige al tutelante el previo agotamiento de los medios de control dispuestos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo para reclamar la protección de su derecho, por la extensa duración de su trámite.*

De igual forma, en este pronunciamiento la Corte precisó que las controversias que sobre la protección de derechos fundamentales se susciten dentro de un concurso de méritos, por el corto plazo del mismo exigen soluciones prontas, eficientes y eficaces, que en la mayoría de los casos únicamente se logran a través de la jurisdicción constitucional por vía de tutela.

Como las prenotadas circunstancias son evidentes en el presente asunto, si se superan otros niveles de análisis, procederá el amparo constitucional peticionado.

En segundo lugar, esta Corporación concreta lo atinente al derecho fundamental al debido proceso administrativo en los concursos de méritos, esto es la convocatoria como ley del concurso; el artículo 125 de la Carta Política, concerniente a la carrera administrativa y los concursos de méritos, establece lo siguiente:

> *ARTICULO 125. 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.*
> *Todos los servidores públicos serán designados por concurso público de méritos, salvo aquellos respecto de quienes la Constitución o la ley establezcan un mecanismo de designación especial. De esta disposición quedan exceptuados los ministros, los viceministros, los jefes de departamento administrativo, los secretarios de despachos departamentales y municipales y los gerentes o directores de las entidades descentralizadas de todo orden.*
> *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.*

En particular este artículo 125 superior consagra que el nombramiento de funcionarios en cargos de carrera debe hacerse, salvo excepciones constitucionales o legales, mediante concurso público. Esta disposición constitucional establece, como regla general, el mérito como criterio tanto para el ingreso y el ascenso, como para la permanencia en la carrera, y de dicha disposición normativa igualmente se desprende que la carrera administrativa se desarrolla en tres momentos diferentes: el ingreso, el ascenso y el retiro.

Ahora bien, sobre la creación de sistemas específicos o especiales de carrera administrativa, la Corte Constitucional en Sentencia C-563/00, dijo:

> *No se trata entonces de exceptuar a esas entidades del régimen de carrera, sino de diseñar un sistema especial para cada una de ellas, dada su singularidad y especificidad; los regímenes especiales o 'sistemas específicos' como los denominó en legislador en la norma impugnada, son carreras administrativas reguladas por normas propias, que atienden, de una parte la singularidad y especificidad de las funciones que a cada una de ellas corresponde y de otra los principios generales que orientan la carrera administrativa general contenidos en la ley general que rige la materia.*
>
> *Los sistemas específicos de carrera son constitucionales en la medida en que respeten el principio general, esto es que establezcan procedimientos de selección y acceso basados en el mérito personal, las competencias y calificaciones específicas de quienes aspiren a vincularse a dichas entidades, garanticen la estabilidad de sus servidores, determinen de conformidad con la Constitución y la ley las causales de retiro del servicio y contribuyan a la realización de los principios y mandatos de la Carta y de los derechos fundamentales de las personas, a tiempo que hagan de ellos mismos instrumentos ágiles y eficaces para el cumplimiento de sus propias funciones, esto es, para satisfacer, desde la órbita de su competencia, el interés general.*

Es así como, se excluyen de la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, los servidores de los siguientes órganos: Contraloría General de la República; PGN; Rama judicial del poder público; Fiscalía General de la Nación; las Fuerzas Armadas; y, la Policía Nacional, por ser todos ellos de creación constitucional, pero ello no significa que no exista para éstos el principio de la carrera, ni mucho menos, que estén exentos de administración y vigilancia estatal.

En relación con los concursos de méritos, la jurisprudencia constitucional ha señalado que se vulnera el principio de confianza legítima cuando la administración cambia las reglas de juego aplicables a los concursos y sorprende a los aspirantes que se sujetaron de buena fe a ellas. Entre otras, en Sentencia T-256/95, la Corte Constitucional dijo:

> *Al señalarse por la administración las bases del concurso, estas se convierten en reglas particulares obligatorias tanto para los participantes como para aquélla; es decir, que a través de dichas reglas la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que 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, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección. Por consiguiente, cuando la administración se aparta o desconoce las reglas del concurso o rompe la imparcialidad con la cual debe actuar, o manipula los resultados del concurso, falta a la buena fe (art. 83 C.P.), incurre en violación de los principios que rigen la actividad administrativa (igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad), y por contera, puede violar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de quienes participaron en el concurso y resultan lesionados en sus intereses por el proceder irregular de aquélla.*

Igualmente, manteniendo la línea jurisprudencial, esa misma Corporación, en la sentencia SU-913/09 determinó que las reglas señaladas en las convocatorias de los concursos son inmodificables, salvo que sean contrarias a la Constitución o a la ley o vulneren derechos fundamentales de las personas.

En punto a la obligatoriedad de las reglas del sistema de carrera administrativa y del concurso de méritos[2], la Corte Constitucional ha sido enfática en lo siguiente:

> *Como se anunció con antelación, la Corte Constitucional mediante la sentencia SU-446/11[3], se pronunció acerca del concurso público de méritos*

[2] Se retoma lo dicho por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, sentencia de tutela de 7 de diciembre de 2016, radicación 11001220400020160286400.
[3] Salvamento de voto de los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Humberto Antonio Sierra Porto y aclaración de voto del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

iniciado por la Fiscalía General de la Nación en el 2007, para proveer una serie de cargos mediante el sistema de carrera administrativa.

En ese fallo esta corporación recordó que la carrera administrativa es un principio de raigambre constitucional[4], contenido en el artículo 125 superior que establece el mérito[5] como el criterio para proveer cargos públicos, el cual se materializa idóneamente mediante el concurso público.

La Corte indicó que la convocatoria es la norma reguladora de todo concurso[6] que obliga a la administración, a las entidades contratadas para efectuarlo y a los concursantes; actores que deben respetar y observar todas las reglas y condiciones, al igual que los principios de la función pública[7], como la transparencia, la publicidad, la imparcialidad y las expectativas legítimas.

En la sentencia que se viene reiterando se explicó que las reglas del concurso son invariables, tal como expuso la Corte Constitucional en el fallo SU-913/09, donde se revisaron una serie de expedientes de acciones de tutela interpuestas con ocasión del concurso público de méritos realizado para designar notarios en el país.

En la sentencia SU-913/09, tal como se consignó en la SU-446/11, se precisó que las reglas que rigen una convocatoria a concurso público para acceder a un cargo de carrera son intangibles en todas las etapas, salvo que vulneren la Constitución, la ley o derechos fundamentales, pues de lo contrario se desconocería el derecho a la igualdad.

En dichos fallos se puntualizó que la convocatoria y la lista de elegibles, una vez en firme, son inmodificables, toda vez que su desconocimiento conllevaría conculcar los principios de raigambre constitucional como la buena fe y la confianza legítima inherentes al concurso, junto con la afectación de los derechos de los asociados en general y de los participantes.

En igual sentido, en el fallo SU-446/11 se analizó la naturaleza jurídica de la lista de elegibles, sintetizando que se trata de un acto administrativo de carácter particular que permite la provisión de los cargos convocados. Se explicó que su conformación constituye la fase concluyente del sistema de nombramiento por concurso, pues en esa etapa se erige el estricto orden de mérito de quienes deberán ser designados en las plazas ofertadas.

El pleno de esta corporación indicó en el mismo fallo que la lista tiene un carácter temporal, determinado por la vigencia específica fijada, de donde se deriva (i) su obligatoriedad, pues las vacantes convocadas deben ser cubiertas con la lista, durante su vigencia; y (ii) la imposibilidad de que la entidad realice un nuevo concurso en dicho interregno, hasta tanto no se agoten todas las vacantes que fueron inicialmente ofertadas.

La Corte señaló también en aquella decisión que una vez conformada la lista, se materializa el principio del mérito al que alude el artículo 125 de la Constitución, como quiera que en ese momento la administración queda compelida a proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes o los

---

[4] Cfr. C-588/09.
[5] El artículo 2° de la Ley 909 de 2004, por la cual se expidieron normas sobre el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, dice que el mérito, las calidades personales y de la capacidad profesional, son *"los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública"*.
[6] Cfr. sentencias C-1040/07 y C-878/08.
[7] Artículo 2° Ley 909 de 2004.

ocupados con personas en provisionalidad, siempre que hayan sido ofertados.

En el caso sub examine, la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a un concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje. Entre los empleos ofertados, dentro de la Convocatoria 436 de 2017- SENA, se encontraba el identificado con código OPEC 59820, denominado Instructor, Código 3030, Grado 1, para el cual se ofertó una vacante ubicada en la Regional atlántico.

OSCAR JAVIER ALFORD MUÑOZ participó en el concurso de méritos para ocupar el cargo identificado con código OPEC 59820; no obstante, al haber ocupado el segundo lugar en la lista de elegibles, no pudo acceder a dicho cargo, pues, fue designada la persona que tenía mejor derecho que él.

Al respecto, la Sala no puede dejar de advertir que la discusión se presenta sobre el procedimiento que regula la conformación del Banco Nacional de Listas de Elegibles y la utilización de las listas de elegibles, puesto que el accionante considera que tienen una expectativa legítima de ser incluido en aquellas que debe conformarse para cubrir los cargos vacantes no convocados o declarados desiertos, bajo la modificación introducida con la Ley 1960 de 2019.

El parágrafo del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 648 de 2017[8], dispone que *"…una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas durante su vigencia, solo 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."*

Conforme la norma transcrita, en principio es claro que, las vacantes que se encuentren como *"no convocadas"* no son susceptibles

[8] Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública.

de ser surtidas con las listas de elegibles actuales, por lo cual no le asiste razón a la parte actora al pretender que se conforme la lista de elegibles a nivel departamental y/o nacional de los empleos que no fueron convocados.

Sin embargo, con la Ley 1960 de 2019[9], el legislador permite la conformación de listas de elegibles a nivel departamental o nacional para ocupar cargos con similitud funcional a los empleos inicialmente provistos. En efecto, el artículo 6.º de la precitada Ley, dice:

> *"…Artículo 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:*
>
> *Artículo 31. El proceso de selección comprende:*
> *(…)*
> *4. 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 tendrán una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad…" (Subraya del Despacho)*

De lo anterior, se concluye que las listas de elegibles cubren las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y aquellas definitivas en cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso.

Al respecto, es de obligada remisión la sentencia T-340 de 2020, mediante la cual se analizó la retrospectividad de la aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, al respecto precisó:

> *Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.*

[9] Por la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el decreto ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones.

Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles "se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer". Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen un derecho subjetivo y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. ***Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004****.*

Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, ***por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley****.* ***Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso.***

Por último, se aclara que en este caso no se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto de los potenciales aspirantes que podrían presentarse a los concursos públicos de méritos para acceder a los cargos que ahora serán provistos con las listas de elegibles vigentes en aplicación de la nueva ley. En efecto, tanto la situación de quienes tienen derechos adquiridos como de quienes aún no han consolidado derecho alguno, están reservadas para las personas que conformaron las listas de elegibles vigentes al momento de expedición de la ley, de manera que el resto de la sociedad está sujeta a los cambios que pueda introducir la ley en cualquier tiempo, por cuanto, en esas personas indeterminadas no existe una situación jurídica consolidada ni en curso. (Negrilla y subrayas propias)

Bajo las anteriores consideraciones, es claro que el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, es aplicable, en virtud del efecto retrospectivo de la ley a los concursos de méritos que se encuentran en desarrollo y a aquellos que tienen lista de elegibles vigente, pero cuyas situaciones jurídicas aún no se han concretado en relación con algunos de los participantes, porque no han sido nombrados en período de prueba. En esa medida, las vacantes que se presenten en cargos equivalentes deben ser provistas con

las listas de elegibles vigentes, aun cuando no hayan sido ofrecidos al inicio del concurso.

En el presente asunto, se tiene que actualmente el actor es integrante de la lista de elegibles conformada mediante la resolución 20182120188225 del 24 de diciembre de 2018 (vigente) y el actor no ha sido nombrado en período de prueba, por lo que el derecho aún no se ha consolidado, motivo por el cual, le es aplicable la Ley 1960 de 2019.

Así entonces, bajo ese parámetro jurisprudencial es forzoso concluir que los criterios de unificación emitidos por la CNSC de 16 de enero y de 6 de agosto de 2020, restringen la aplicación de la Ley 1960 de 2019, toda vez que si bien dichos criterios establecen la posibilidad de cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, limita éste último concepto, a aquellos empleos que tengan igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; limitaciones de ubicación geográfica y de temporalidad que no se encuentran contenidas en la Ley 1960 de 2019, pues en criterio de esta Ley, las vacantes no convocadas (no ofrecidas al inicio del concurso) pueden ocuparse a partir de listas de elegibles que se conformen, y se encontraren vigentes antes de la expedición de la ley 1960 de 2019.

En conclusión, para la Sala resulta diáfano que con la negativa de las entidades accionadas de dar aplicación a la Ley 1960 de 2019, se vulneran los derechos al debido proceso, al acceso a los cargos públicos, al trabajo y a la confianza legítima del señor *OSCAR JAVIER ALFORD MUÑOZ*, razón por la cual se ordenará a la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, en el territorio nacional, respecto del empleo relacionado con la OPEC 59820, al cual concursó el accionante.

Cumplido lo anterior y, de ser procedente, en el término de los quince (15) días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC

y al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberán efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 59820, tal como lo dispone la ley 1960 de 2019.

Vencido el término anterior y previo estudio del cumplimiento de los requisitos mínimos, dentro de los cinco (5) días siguientes, el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberá efectuar el nombramiento en período de prueba, de quienes tienen el mejor derecho en los cargos equivalentes vacantes no convocados al cual optaron, respetando en todo caso, el orden de elegibilidad de la lista que se conforme para tal efecto.

En aras de garantizar el cumplimiento de las órdenes dadas, y no sea inocuo el amparo de las garantías fundamentales del actor, se precisa por parte de la Sala, que esta orden tiene validez sobre todas las vacantes identificadas a la fecha de vencimiento de las listas, por lo tanto dado que el término de las listas esta ad portas de dicho suceso, el nombramiento debe realizarse aun después de este evento, es decir, si para el momento de materializar las ordenes atrás emitidas ya han fenecido las listas, aun así, deberá realizarse los nombramientos correspondientes, en los cargos identificados de conformidad con el banco de elegibles que se conforme.

En ese orden de ideas, el fallo de primera instancia será revocado, y en su lugar se ampararán los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a los cargos públicos, al trabajo y a la confianza legítima del ciudadano *OSCAR JAVIER ALFORD MUÑOZ*; y se emitirán las ordenes pertinentes.

En lo que atañe al derecho de petición, considerando que el mismo persigue idéntico objeto, es decir, la conformación del Banco Nacional de Listas de Elegibles y la utilización de las listas de elegibles, la cual fue ordenada en amparo de los derechos al debido proceso, al acceso a los cargos públicos, al trabajo y a la confianza legítima, la Sala considera inocuo emitir orden al respecto, se itera, porque su finalidad última se ampara en la orden ya emitida.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión de Tutela, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. REVOCAR el fallo de fecha, naturaleza y origen indicados en cuanto se declaró improcedente la tutela impetrada por el ciudadano *OSCAR JAVIER ALFORD MUÑOZ*. En su lugar, conceder el amparo judicial para los derechos al debido proceso, al acceso a los cargos públicos, al trabajo y a la confianza legítima.

En consecuencia, ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, en el territorio nacional, respecto del empleo relacionado con la OPEC 59820, al cual concursó el accionante.

Cumplido lo anterior y, de ser procedente, en el término de los quince (15) días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC y el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberán efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 59820, tal como lo dispone la ley 1960 de 2019.

Vencido el término anterior y previo estudio del cumplimiento de los requisitos mínimos, dentro de los cinco (5) días siguientes, el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberán efectuar el nombramiento en período de prueba, de quienes tienen el mejor derecho en los cargos vacantes no convocados al cual optaron, respetando en todo caso, el orden de elegibilidad de la lista que se conforme para tal efecto.

En aras de garantizar el cumplimiento de las órdenes dadas, y no hacer inocuo el amparo de las garantías fundamentales del actor, se precisa por parte de la Sala, que esta orden tiene validez sobre todas las

vacantes identificadas a la fecha de vencimiento de las listas; por lo tanto dado que el término de las listas esta *ad portas* de dicho suceso, el nombramiento debe realizarse aun después de este evento, es decir, si para el momento de materializar las ordenes atrás emitidas ya han fenecido las listas, aun así, deberá realizarse los nombramientos correspondientes, en los cargos identificados de conformidad con el banco de elegibles que se conforme.

2. ORDENAR que en firme este pronunciamiento se remitan las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

(ausencia justificada)
JOHN JAIRO ORTIZ ALZATE
Magistrado

NUBIA ÁNGELA BURGOS DÍAZ
Magistrada

JOSÉ ANTONIO CRUZ SUÁREZ
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
Sala Civil de Decisión Especializada en Restitución de Tierras

Magistrado Ponente:
JORGE ELIÉCER MOYA VARGAS

Bogotá D.C., veintiuno (21) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación Nº:	**110013103 014 2020 00285 01**
Asunto:	**Acción de Tutela**
Accionante:	**Damaris Gómez Díaz**
Accionado:	**Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA-**
Vinculado:	**Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC-**

(Discutido y aprobado en sesión de la misma fecha)

Se resuelve la impugnación presentada por la accionante contra el fallo de tutela proferido el 9 de noviembre de 2020 por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Bogotá, mediante el cual negó el amparo implorado.

ANTECEDENTES

1. Objeto

Damaris Gómez Díaz interpuso acción de tutela reclamando la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, petición, igualdad y acceso al empleo público tras concurso de mérito, los cuales estima vulnerados por el Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, al considerar que ha omitido el uso de lista de elegibles respecto al cargo de profesional Grado 2 Código 61401 para ocupar un empleo equivalente, misma o similar denominación, mismas o similares funciones, mismo o similar grado, y mismo o similar salario que se encuentran en provisionalidad, encargo o vacantes. Solicitó, en consecuencia, se ordene "(…) a las entidades accionadas que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, realicen los trámites administrativos pertinentes para dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles conformada mediante Resolución Nº 20182120149295CNSC –DEL 17-10-2018, respecto al cargo de profesional Grado 2 CODIGO 61401en uno de los empleos que se encuentran en provisionalidad, encargo o vacantes, teniendo en cuenta que el mismo fue convocado a concurso y la lista se encuentra vigente (…) a la Comisión Nacional del Servicio Civil que se oferten los empleos del cargo de PROFESIONAL GRADO 2 CÓDIGO 61401, en la OFERTA PÚBLICA DE EMPLEOS, con el fin de que quienes hacemos parte de las listas, optemos por una de ellas, autorizar la lista de elegibles y debidamente notificado este acto y en firme, lo remita al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA –y se ordene al

Servicio Nacional de Aprendizaje SENA que, una vez recibida la lista de elegibles de la Comisión, proceda a efectuar mi nombramiento en una de las vacantes declaradas desiertas o que hayan quedado vacantes, o empleos cubiertos en provisionalidad, o por encargo con posterioridad a la conformación de la lista, teniendo en cuenta la *ratio decidendi* establecida por la sentencia Corte Constitucional T-340 de 2020 proferida el 21 de agosto de 2020, en donde claramente se avala la aplicación del artículo 6 de Ley 1960 de 2019 con efecto retrospectivo (…) INAPLÍCAR por inconstitucional el "criterio unificado de uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019", emanado de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el 16 de enero de 2020 (…) que la comisión Nacional del Servicio Civil haga un estudio técnico y objetivo de equivalencias entre todos los cargos reportados por el SENA como vacantes ante la CNSC y la OPEC 61401, que expongo detalladamente en este escrito, que de una forma clara determine lo pertinente para mi caso en concreto (…)".

2. Hechos

Como causa para accionar afirmó que, se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante CNSC), proceso destinado a proveer plazas para el empleo de "PROFESIONAL Grado 2, de la OPEC 61401", de la entidad Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA; realizó todas las pruebas dispuestas en el concurso, logrando alcanzar el tercer lugar, posteriormente, el segundo lugar por la recomposición automática de las listas (Resolución Nº CNSC–20182120149295 del 17-10-2018) y en la actualidad ocupa el primer puesto con 69,66 puntos; elevó petición solicitando le otorgaran amparo conforme los términos del fallo de tutela proferido por el Tribunal de Medellín (Accionante: Gustavo Adolfo Pineda Pineda y Wilson Bastos Delgado, Accionado: Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA y Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC); al respecto la CNSC dio respuesta desfavorable a lo peticionado, indicando que no administra la planta de personal de las entidades, en esa medida, no puede efectuar nombramientos en los empleos que pertenecen a la planta de personal del SENA, correspondiéndole a esta entidad realizar la solicitud de uso de listas de elegibles, para proveer vacantes definitivas no convocadas del sistema general de carrera administrativa y las que llegaren a surgir en vigencia de la lista de elegibles OPEC 61401, así mismo, no era posible otorgar el amparo solicitado, en razón a que las decisiones de tutela son inter-partes.

El 27 de junio de 2019 se expidió la Ley 1960 de 2019, "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones" en cuyo artículo 6 se consignó: "El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "ARTICULO 31. El proceso de selección comprende: 1. (...) 2. (. . .) 3. (...) 4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las

vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad"; el 16 de enero de 2020 la CNSC expide el CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019"; refiere que en varios fallos de tutela en segunda instancia se ha "apoyado la aplicación con efecto retrospectivo de la Ley 1960 de 2019 en sus artículos 6 y 7, en acciones de tutela contra el ICBF y la CNSC (…) y que se apartan con sus decisiones de la aplicación del CRITERIO UNIFICADO del 16 de enero de 2020"; para los nombramientos de las personas que se encuentran en lista de elegibles no están siendo tenidas en cuenta aquellas que pueden ocupar empleos equivalentes, entre otros asuntos porque el acceso a los cargos públicos está siendo limitado por el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, aunque existe evidencia de empleos ocupados por personas en provisionalidad o por encargo.

3. Actuación

El 27 de octubre del presente año el Juzgado de primera instancia admitió la solicitud, ordenó la notificación a la parte accionada para que en el término de un día se pronunciara al respecto y el enteramiento de los participantes en las convocatorias 61041 y 61043.

3.1. La CNSC señaló que, la acción es improcedente en virtud del principio de subsidiariedad, dado que carece de los requisitos constitucionales y legales, pues la inconformidad de la actora radica en la normatividad que rige el concurso frente a la vigencia, firmeza y el uso de las listas de elegibles, situaciones que se encuentran reglamentadas en los Acuerdos del concurso, así como en los criterios proferidos por la entidad, entre los que se encuentra el "Criterio Unificado de 16 de enero de 2020", actos administrativos de carácter general, respecto de los cuales la accionante cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertirlos, razón por la que la tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos, a más que no prueba la existencia de un perjuicio irremediable.

Agrega que no resulta procedente el uso de listas, tal y como lo solicita la actora, para la conformación de nuevas vacantes, pues con ellos se le estaría dado aplicación a la Ley 1960 de 2019 de manera retrospectiva, toda vez que la Convocatoria No. 436 de 2017 -SENA, inició con la expedición del Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley, luego la aplicación "retrospectiva" de la Ley

1960 de 2019, no es posible como quiera que ello contraviene lo dispuesto en los artículos 52 y 53 de la Ley 4 de 1913; frente a la aplicación del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, el mismo se expidió en el marco de las competencias asignadas por la Constitución y la Ley a la CNSC, con el fin de garantizar la correcta aplicación de la normatividad de carrera en los procesos de selección iniciados con antelación a la promulgación de la Ley 1960 de 2019 y aquellos que iban a ser adelantados con posterioridad a la misma; en punto del primer escenario se dispuso que "Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria. De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC-de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC"; no resulta procedente autorizar el uso de la lista de elegibles bajo el concepto de "empleos equivalentes" existentes en la planta de personal del SENA, pues tal situación desconocería que la CNSC cuando autoriza un uso de listas de elegibles, debe ajustarse a los criterios definidos por la ley vigente que reglamentó el concurso de méritos, la cual estableció que los usos de listas se harían para proveer "mismos empleos".

El 21 de agosto de 2020, la Corte Constitucional –Sala Tercera de Revisión profirió la Sentencia T-340 de 2020, en la que se pronunció sobre el efecto de la Ley 1960 de 2019 para las listas vigentes antes de su expedición, de la cual resulta erróneo concluir que por la simple pertenencia a una lista de elegibles se configure un derecho particular y concreto para ser nombrado en periodo de prueba, ya que para que aquello sea procedente, debe existir la vacante definitiva en las mismas condiciones que las ofertadas en el Concurso de Méritos, la lista debe continuar vigente y perentoriamente se debe ser el siguiente en estricto orden de mérito.

Durante la vigencia de la lista el Servicio Nacional de Aprendizaje, no ha reportado vacantes adicionales a las ofertadas en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017, que cumplan con el criterio de mismos empleos, además, la señora Damaris Gómez Díaz ocupó la posición dos (2), en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 20182120149295 del 17-10-2018, en consecuencia, la

accionante no alcanzó el puntaje requerido para ocupar la posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo al que concursó, de conformidad con el número de vacantes ofertadas ostentando frente a la misma una expectativa, es por esto que la accionante, se encuentra sujeta no solo a la vigencia si no al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que puedan ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad, de igual manera, frente a las provisionales o encargos, le corresponde al SENA indicar si hay empleos en provisionalidad o encargos que puedan ser del mismo empleo al que corresponde el de la tutelante.

3.2. El SENA manifestó que, la acción de tutela no cumple con los requisitos de inmediatez, subsidiariedad y existencia de un perjuicio irremediable, lo anterior, en razón a que la lista de elegibles de la cual hace parte la accionante, fue establecida mediante resolución del 17 de octubre de 2018, la cual quedó en firme el 6 de noviembre de la misma anualidad, es decir, que hace más de 15 meses a la presentación de la solicitud de amparo constitucional, así mismo, la actora tiene otros medios de defensa judicial contra las decisiones tomadas por el SENA o la CNSC, las cuales se expresan en actos administrativos y que ella misma aportó como prueba con el escrito tutelar, por lo cual debería demandar dichas decisiones a través de los medios de control en la jurisdicción contencioso administrativa, junto con la solicitud de medida cautelar de suspensión de los actos administrativos señalados de ilegales o inconstitucionales; aunado a lo anterior, la accionante no probó la existencia de un perjuicio irremediable que deba ser tutelado.

No es cierto que por ocupar el segundo lugar en la lista de elegibles y por existir plazas vacantes, le asiste el derecho a ser nombrada en dichos cargos, a pesar de que no concursó para ellos y tengan una OPEC diferente y requisitos, como la experiencia específica, a más que existen elegibles con mejor derecho por mérito que la actora; resalta que atender las pretensiones de la accionante de elaborar una lista de elegibles única con los cargos declarados desiertos a nivel nacional para el cargo ofertado Profesional, Grado 02, del SENA, desconocería las reglas del concurso señaladas en la convocatoria, y no tendría validez teniendo en cuenta que cada OPEC tiene un núcleo básico de conocimiento diferente y una experiencia específica, a la par, se vulnerarían los derechos de las demás personas que participaron en dicha convocatoria bajo códigos OPEC diferentes, en consecuencia, la tutela es improcedente ante la inexistencia de un perjuicio

irremediable, dado que el derecho al debido proceso de la actora no se ha visto enfrentado en ningún momento a una amenaza de vulneración cierta, y con una alta probabilidad de ocurrencia.

3.3. Coadyuvancia de terceros interesados

3.3.1. Cristhian Felipe Salinas Cruz indicó que participa como tercer interesado y coadyuvante en la tutela de la referencia, dado que las entidades accionadas vulneran igualmente sus derechos constitucionales al debido proceso, petición, igualdad y acceso al empleo público tras concurso de mérito; resalta su apoyo a las pretensiones de la tutela y que la señora Damaris Gómez Díaz, pueda acceder al cargo en periodo de prueba, y que el suscrito que sigue en lista también pueda acceder a una vacante no convocada de las que existen, siempre y cuando cumpla requisitos y siga en posición de mérito; la tutela trata en últimas de la violación de los derechos fundamentales invocados por la actora al no hacerse uso de listas de elegibles, en el marco de la Ley 1960 y el criterio unificado del 16 de enero para acceder a un empleo “NO CONVOCADOS” que pide la actora, que surgió con posterioridad a la convocatoria y que es equivalentes en naturaleza, perfil, denominación, código y grado, salarios y funciones, a los que se ofertaron, en la OPEC 61403 en que participó y que en igual grado afecta los derechos fundamentales del suscrito Interesado.

Se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de PROFESIONAL Grado 2, de la OPEC 61403, para la entidad SENA, aprobó las pruebas correspondientes y logró el segundo lugar; afirma que ha pedido al SENA se le otorgue amparo conforme al fallo proferido por el Consejo de Estado dentro de la tutela invocada por Gustavo Adolfo Pineda y Wilson Bastos Delgado contra el SENA y la CNSC, de igual manera, ha pedido que se realice una nueva solicitud de autorización de uso de listas de elegibles, en la que se incluya la lista OPEC 61403 para proveer el cargo de profesional Grado 2, en una de las vacantes definitivas no convocadas del sistema general de carrera administrativa, identificadas en la planta global del SENA.

3.3.2. Leidy Alexandra Infante Camargo señaló que, se permite participar como tercera interesada y coadyuvante en la tutela de la referencia, por cuanto las entidades accionadas violan sus derechos constitucionales al debido proceso, petición, igualdad y acceso al empleo público tras concurso de mérito; indica que se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de

PROFESIONAL Grado 8, de la OPEC 60375, para la entidad SENA; luego de aprobar las pruebas correspondientes alcanzó el segundo lugar con 69,92 puntos; afirma que ha pedido al SENA se le otorgue amparo conforme precedentes constitucionales y que la entidad realice ante la CNSC una nueva solicitud de autorización de uso de listas de elegibles, en la que se incluya la lista OPEC 60375 para proveer el cargo de profesional Grado 8, en una de las vacantes definitivas no convocadas del sistema general de carrera administrativa, identificadas en la planta global del SENA.

Agrega que deben tenerse en cuenta los diversos fallos de tutela que han garantizado la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para convocatorias anteriores al 27 de junio de 2019, en relación a la utilización de listas para cargos equivalentes.

3.3.3. José Ferney Montes Moreno manifestó que, se permite participar como tercer interesado y coadyuvante en la tutela de la referencia, con el fin de apoyar las pretensiones de la accionante; indica que se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la CNSC, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo instructor grado: 1 código: 3010 número OPEC: 59772, realizó las pruebas correspondientes ocupando el puesto 12 con 63,46 puntos (en la actualidad primero por la recomposición automática de la lista); afirma que ha pedido que el SENA realice una nueva solicitud de autorización de uso de listas de elegibles, en la que se incluya la lista OPEC 59772, para proveer una de las vacantes definitivas no convocadas del sistema general de carrera administrativa, identificadas en la planta global del SENA; resalta que con la expedición de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, que modifica la Ley 909 de 2004, los procesos de selección deberán ser estructurados considerando el posible uso que de las listas pueda hacerse para otros empleos equivalentes, con el objeto de lograr que ellos sean comparables desde el proceso mismo de selección, así mismo, que de acuerdo con un nuevo criterio de la CNSC (22/sept/2020) no se especifican limitaciones de aplicación en relación con el tiempo en el que se firmó el acuerdo de la convocatoria, en otras palabras aplica para todas ellas incluyendo la del concurso en el cual está participando, siendo este criterio expedido después de la Sentencia T-340 del 21 de agosto de 2020. En esa medida se entiende claramente que el mismo fue actualizado después de dicha fecha, por ello hay una definición de “Empleo Equivalente” que, contempla todo el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

3.3.4. Dina Luz Sánchez Ardila indicó que participa como tercera interesada y coadyuvante en la tutela de la referencia, como quiera que las accionadas vulneran sus derechos fundamentales al debido proceso, petición, igualdad y acceso al empleo público tras concurso de mérito; afirma que se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de PROFESIONAL Grado 8, de la OPEC 60375, para la entidad SENA. Luego de aprobar las pruebas correspondientes alcanzó el doceavo lugar; en la entidad existen vacantes no ofertadas para proveerlas conforme la Ley 1960 de 2019, todas en el mismo empleo y área temática para el cual concursó; como aporte de la coadyuvancia indica que la CNSC el 22 de septiembre de 2020 expidió un nuevo criterio en el cual no se especifican limitaciones de aplicación en relación con el tiempo en el que se firmó el acuerdo de la convocatoria, es decir que aplica para todas ellas incluyendo la del concurso en el cual está participando, siendo este criterio expedido después de la Sentencia T-340 del 21 de agosto de 2020, se entiende claramente que el mismo fue actualizado después de dicha fecha, por ello hay una definición de “Empleo Equivalente” que ahora sí, contempla todo el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

3.3.5. José Ricardo López Caro manifestó que participa como tercer interesado y coadyuvante en la tutela de la referencia, dado que la parte accionada vulnera igualmente sus derechos fundamentales; afirma que se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de profesional Grado 8, de la OPEC 60375, para la entidad SENA, logrando alcanzar el noveno lugar con 69.92 puntos; en la entidad existen vacantes no ofertadas para proveerlas conforme la Ley 1960 de 2019, todas en el mismo empleo y área temática “profesional grado 8”, cargo para el cual concursó; como aporte de la coadyuvancia indica que el 22 de septiembre de 2020 la CNSC expidió un nuevo criterio en el cual, no se especifican limitaciones de aplicación en relación con el tiempo en el que se firmó el acuerdo de la convocatoria, por tanto, aplica para todas ellas incluyendo la del concurso en el cual está participando, siendo este criterio expedido después de la Sentencia T-340 del 21 de agosto de 2020, entendiéndose que el mismo fue actualizado después de dicha fecha, por ello hay una definición de “Empleo Equivalente” que ahora sí, contempla todo el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

3.3.6. Yoneid Patricia Villa García indicó que participa como tercera interesada y coadyuvante en la tutela de la referencia, dado que la parte accionada vulnera

igualmente sus derechos fundamentales; que se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de instructor, de la OPEC 58718, para la entidad SENA, logrando alcanzar el tercer lugar con 80.38 puntos; resaltó igualmente, que la CNSC expidió un nuevo criterio unificado para empleos equivalentes, atendiendo lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019.

3.3.7. Jorge Enrique Correa Castellar manifestó que participa como tercero interesado y coadyuvante en la tutela de la referencia, dado que la parte accionada vulnera igualmente sus derechos fundamentales; se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de instructor, de la OPEC 58386, para la entidad SENA, logrando alcanzar el segundo lugar con 76.03 puntos; en la entidad existen vacantes no ofertadas para proveerlas, conforme la Ley 1960 de 2019, todas en el mismo empleo y área temática "INSTUCTOR, Grado 1", cargo para el cual concursó; resalta, que la CNSC expidió un nuevo criterio unificado para empleos equivalentes, atendiendo lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019.

3.3.8. Aleyda Asprilla Ávila manifestó que participa como tercera interesada y coadyuvante en la tutela de la referencia, dado que la parte accionada vulnera igualmente sus derechos fundamentales; afirma que se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de profesional Grado 7, de la OPEC 60518, para la entidad SENA, logrando alcanzar el cuarto lugar con 74.93 puntos; alega que con la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019, en el presente asunto es factible consolidar listas del orden departamental o nacional, con el fin de ocupar vacantes no convocadas, con personal que se encuentre en las listas de elegibles vigentes, independientemente de la ubicación geográfica del cargo respecto del cual se conformó la lista.

4. Fallo impugnado

El juez *a-quo*, en sentencia proferida el 9 de noviembre de los corrientes negó el amparo solicitado, al considerar que la accionante cuenta con remedios ordinarios para la defensa de sus intereses, lo cual torna improcedente la acción de tutela, por incumplir el presupuesto de subsidiariedad, dado que frente a la aplicación de

lo normado por Artículo 6 de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019 que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, es asunto de la jurisdicción ordinaria, pues no se demostró que la misma fuera inoperante; frente a quienes coadyuvaron la solicitud ninguno de ellos ocupa el primer lugar de la lista de elegibles, sin que acreditaran el acaecimiento de un perjuicio irremediable; de igual manera, no se tiene vulnerado el derecho de petición como quiera que las accionadas comprobaron haber dado respuesta a la solicitud elevada por la actora.

5. La impugnación

Inconforme con la decisión la parte accionante la impugnó; adujo que se tiene superado el requisito de subsidiariedad por ser un concurso de méritos y el reproche no recae propiamente contra un acto administrativo, sino contra decisiones que cambian para los actores las reglas de juego de la convocatoria, determinaciones que hacen procedente la acción constitucional, máxime que la jurisprudencia ha señalado que, no obstante la existencia de otros medios ordinarios, la acción de tutela es el mecanismo idóneo siempre que estos no resulten adecuados ni eficaces, entre otros motivos, porque los trámites dispendiosos y la demora en su resolución podrían hacer inocua la orden judicial impartida ante la imperiosa necesidad de brindar una solución inmediata al afectado y para garantizar la protección del principio de carrera.

CONSIDERACIONES

1. Problema Jurídico

Corresponde a esta Sala determinar si las entidades demandadas han vulnerado los derechos fundamentales de la señora Damaris Gómez Diaz, por el hecho que no se elabore una lista de elegibles para los cargos vacantes posteriores a la convocatoria 436 de 2017 que sean equivalentes, tal como lo dispone la Ley 1960 de 2020, lo cual daría paso a revocar el fallo de primera instancia. Previamente se verificará la procedencia de la acción de tutela en materia de concursos de méritos.

2. Derecho a la igualdad y petición

2.1. El artículo 13 del estatuto fundamental, refiere que todas las personas son iguales ante la ley, que recibirán el mismo trato y protección de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua,

religión, opinión política o filosófica. Esta disposición adicionalmente impuso al Estado el deber de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y que adopte medidas en favor de los grupos discriminados o marginados, además de proteger especialmente a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta por su condición económica, física o mental.

De vieja data se tiene por averiguado que la constatación de vulneración a esta garantía conlleva un ejercicio de comparación, como resultado del cual habrá de concluirse si el trato que la ley o las autoridades dispensan a una pluralidad de sujetos, es o no diferente, o, si la diferencia que se evidencie está o no justificada y es proporcional. Tal ponderación solo es posible entonces frente a más de un individuo, porque solo así hay lugar a realizar dicho ejercicio de comparación.

2.2. El derecho fundamental de petición se encuentra previsto en el artículo 23 constitucional como el que tiene toda persona para presentar a la administración solicitudes que involucren un interés particular o general, y sean resueltas en forma oportuna; su desarrollo normativo se encuentra en la Ley 1755 de 2015, en cuyo artículo 14 establece el término de 15 días para la resolución de peticiones en interés particular.

La jurisprudencia constitucional en reiteradas oportunidades se ha referido a los requisitos que debe cumplir la respuesta brindada por la administración[1], so pena de entender vulnerada esa garantía fundamental, a saber: oportunidad, resolver de fondo, de manera clara, precisa y congruente con lo solicitado y ser puesta en conocimiento del peticionario[2]. La Corte Constitucional al respecto ha dicho que "El

[1] Entre otras consúltese Corte Constitucional Sentencia T-400 de 2008.
[2] La alta Corporación en sentencia T-146 de 2012 sintetizó las reglas para la protección del derecho de petición, de la siguiente manera:
"a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.
b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.
c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.
d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.
e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine.
f) La Corte ha considerado que cuando el derecho de petición se formula ante particulares, es necesario separar tres situaciones: 1. Cuando el particular presta un servicio público o cuando realiza funciones de autoridad. El derecho de petición opera igual como si se dirigiera contra la administración. 2. Cuando el derecho de petición se constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede

derecho de petición faculta a toda persona a elevar solicitudes respetuosas a las autoridades públicas –y en casos especiales a los particulares-, e involucra al mismo tiempo la obligación para la autoridad pública de emitir una respuesta que, si bien no tiene que ser favorable a las pretensiones del peticionario, sí debe ser oportuna, resolver de fondo lo requerido por el peticionario y ser puesta en conocimiento del mismo. El derecho de petición exige por parte de las autoridades, una decisión de fondo a lo requerido por el ciudadano. Esto implica la proscripción de respuestas evasivas o abstractas, ello no quiere decir que necesariamente la respuesta deba ser favorable. La respuesta de fondo implica un estudio sustentado del requerimiento del peticionario, acorde con las competencias de la autoridad frente a la que ha sido presentada la petición."[3]

3. Súplica Constitucional y Debido Proceso Administrativo

La tutela es un mecanismo extraordinario, preferente, residual y sumario con el que cuenta toda persona para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, y excepcionalmente por los particulares. Procede cuando el interesado no cuente con otro instrumento de defensa judicial, o existiendo, no sea idóneo para proteger esos derechos, o sea necesaria su utilización como mecanismo transitorio para impedir la consumación de un perjuicio irremediable.

Insistentemente se ha sostenido que el amparo en comento procede ante amenazas o vulneraciones ciertas, ostensibles, inminentes y claras, por manera que el juez de tutela no puede dictar medidas de protección ante meras posibilidades de trasgresión a cánones de estirpe primera; lo que es lo mismo, la súplica constitucional solo encuentra cabida para hacer cesar vulneraciones presentes y actuales, o para prevenir amenazas ciertas y contundentes, en

---

protegerse de manera inmediata. 3. Pero, si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad, este será un derecho fundamental solamente cuando el Legislador lo reglamente.
g). En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6º del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordena responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes.
h) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición.
i) El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta. Sentencias T-294 de 1997 y T-457 de 1994." (Subrayado fuera del texto)[22]"

[3] Corte Constitucional Sentencia T-441 de 2013

manera alguna resulta de recibo para proteger hechos inciertos y futuros que apenas y constituyen una posibilidad remota de suceder[4].

Sabido es que, en principio, la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para debatir y/o resolver las controversias que surgen en desarrollo de las actuaciones de la administración, pues la competencia para ello radica en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa, por ser ésta el juez natural de este tipo de procedimientos y contar con una estructura a partir de la cual se pueda desarrollar un amplio debate legal y probatorio a efectos de comprobar si los llamados a cumplir las funciones del Estado contrariaron el mandato de legalidad[5].

Sin embargo la Corte Constitucional ha sostenido que, de manera excepcional, es posible hacer uso de este excepcional remedio constitucional para resolver del citado debate, siempre y cuando se acredite la existencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual cabe el amparo como mecanismo transitorio, o se establezca que el medio de control contemplado en la legislación resulta ineficaz para la protección del derecho a la luz de las circunstancias de cada caso particular, evento en el que opera como medio de defensa definitivo[6].

La precitada Corporación tiene dicho, que el debido proceso constituye una garantía que debe respetarse no solo en los procesos judiciales, sino también en los de índole administrativa que impliquen consecuencias para los administrados, en tal ámbito debe propenderse por un proceso justo, válido y adecuado al procedimiento que particularmente lo regula, así mismo, que cuando se predica el desconocimiento de tal postulado corresponde verificar la trasgresión haciendo "(…) uso de las causales de procedencia de tutela contra decisiones judiciales[7], puesto que si bien se trata de escenarios diferentes, tales supuestos describen las formas más usuales de afectación del derecho…"[8] y, de mayor importancia para este asunto en particular, el hecho de ser la solicitud de amparo subsidiaria y residual, lo que "(…) implica que si la persona cuenta con un medio de

[4] Véanse, entre muchas otras: Corte Constitucional, Sentencias T – 677 de 1997, T – 382 de 1998. T – 230 de 2002 y T – 647 de 2003.
[5] Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T – 957 de 2011, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
[6] Véanse, entre muchas otras, las Sentencias T - 830 de 2004 y T – 957 de 2011, cuyas ponencias correspondieron, respectivamente, a los Magistrados Rodrigo Uprimny Yepes y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
[7] La Guardiana Constitucional ha establecido que la acción de tutela contra providencias judiciales resulta procedente cuando se verifica el cumplimiento de los que han sido denominados requisitos generales y especiales de procedibilidad; los primeros, se concretan en que la discusión tenga relevancia constitucional; que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial; que se cumpla el requisito de inmediatez; que la irregularidad advertida tenga efecto decisivo en la sentencia que finiquite la instancia; que la trasgresión se hubiere alegado en el proceso judicial y; que no se trate de sentencias de tutela, los segundos, se precisan en la existencia de un defecto orgánico, procedimental, fáctico o sustantivo, así como en la presencia de un error inducido, una decisión sin motivación o el desconocimiento del precedente.
[8] Corte Constitucional, Sentencia T – 076 de 2011, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

defensa efectivo a su alcance o, habiendo contado con el mismo, de manera negligente lo ha dejado vencer, la tutela devendrá improcedente"[9].

4. De la procedencia de la acción de tutela en materia de concursos de méritos

Es sabido que la acción de tutela tiene por objeto, conforme a lo normado en el artículo 86 constitucional, la salvaguarda inmediata de los derechos fundamentales cuando quiera que sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública y, excepcionalmente, de los particulares, siempre y cuando la persona afectada no disponga de otro medio de defensa judicial, o que, contando con él, éste sea ineficaz para proveer su protección.

En punto de la procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos en el desarrollo de concursos de méritos, la jurisprudencia[10] ha señalado que:

> "por regla general la acción de tutela es improcedente contra actos administrativos que se profieran en marco de un concurso de méritos, no obstante, excepcionalmente, procede el amparo cuando (i) se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el juez concederá la protección transitoria mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto; o cuando (ii) a pesar de que existe un medio defensa judicial, no resulta idóneo o eficaz para conjurar la violación del derecho fundamental invocado. Finalmente, es necesario recordar, que (iii) el acto que se demande en relación con el concurso de méritos no puede ser un mero acto de trámite, pues debe corresponder a una actuación que defina una situación sustancial para el afectado, y debe ser producto de una actuación irrazonable y desproporcionada por parte de la administración".

De igual manera, en reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia señaló que "las inconformidades contra actos administrativos […] para acceder a puestos de carrera administrativa, por regla general, no son susceptibles de debate a través de acción de tutela, pues, para ello concierne al afectado acudir a la jurisdicción competente […] a través del procedimiento legalmente establecido para el afectado […] habida cuenta que la jurisdicción contencioso administrativa es el escenario natural de dicha controversia donde con mayor detalle podrá debatirse la habilidad del acto, en las etapas procesales establecidas para dichos propósitos…"[11].

5. Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo

El 27 de junio de 2019 se expidió la Ley 1960, "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones"; entre los cambios introducidos se tiene el del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no

[9] Op. Cit., Sentencia T – 830 de 2004.
[10] Corte Constitucional, Sentencia T-386 de 2016.
[11] CSJ STC de 28 de febrero de 2014, Exp. 76001-22-03-000-2014-00015-01; pronunciamiento reiterado en sentencias de tutela STC 302-2016 y STC 373-2016, de 20 y 25 de enero de 2016, respectivamente, cuyas ponencias correspondieron al Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona.

solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas "vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad". Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación.

Ahora bien, el cambio incluido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, comporta una variación en las reglas de los concursos de méritos, particularmente en relación con la utilización de las listas de elegibles; así, la normativa anterior y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el tema, partían de la premisa de que la norma establecía que las listas de elegibles únicamente podrían usarse para los cargos convocados y no otros, a pesar de que con posterioridad a la convocatoria se generaran nuevas vacantes definitivas.

En lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, el Alto Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

> "sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma, por lo que se deberá definir si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley.
>
> El primero de estos fenómenos, esto es, la retroactividad, se configura cuando la norma expresamente permite su aplicación a situaciones de hecho ya consolidadas. Por regla general está prohibido que una ley regule situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, en respeto de los principios de seguridad jurídica y buena fe, así como del derecho de propiedad.
>
> Por otro lado, el fenómeno de la ultractividad consiste en que una norma sigue produciendo efectos jurídicos después de su derogatoria, es decir *"se emplea la regla anterior para la protección de derechos adquiridos y expectativas legítimas de quienes desempeñaron ciertas conductas durante la vigencia de la norma derogada, no obstante existir una nueva que debería regir las situaciones que se configuren durante su período de eficacia por el principio de aplicación inmediata anteriormente expuesto".*

Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso *sub-judice*. El último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la **retrospectividad**, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, *"pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva"*[52]. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia"[12].

En línea con lo anterior, precisó la Corte Constitucional[13] que:

"Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.

Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles "*se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer"*. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen **un derecho subjetivo** y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que

[12] Corte Constitucional, Sentencia T-340 de 2020.
[13] Ibidem.

la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso".

Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia; sin embargo, posteriormente, el 20 de enero de 2020, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que "las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, **deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad** y que correspondan a los **"mismos empleos",** entiéndase con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."; y de forma complementaria se pronunció el 22 de septiembre de 2020 estableciendo el criterio unificado de uso de listas de elegibles para empleos equivalentes y definió que "Se entenderá por empleos equivalentes aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan grado salarial igual, posean el mismo requisito de experiencia, sean iguales o similares en cuanto al propósito principal o funciones, requisitos de estudios y competencias comportamentales y mismo grupo de referencia3de los empleos de las listas de elegibles".

En resumen, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la referida ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, de manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.

6. Caso concreto

Revela el plenario que la señora Damaris Gómez Díaz participó de la convocatoria No. 436 de 2017 que llevó a cabo la CNSC para proveer una vacante del empleo de carrera identificado con el código OPEC 61401, denominado Profesional Grado 02 y agotadas las correspondientes etapas del concurso, se conformó la lista de elegibles por medio de la Resolución CNSC-20182120149295 del 17 de octubre de 2018, en la cual hacen parte 3 ciudadanos, quedando la actora en el segundo puesto, por lo que la vacante fue suplida con la persona que ocupó el primer lugar; circunstancia por la cual, atendiendo la expedición de la Ley 1960 de 2019, que entre otras cosas, modificó el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas "vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad" y algunos pronunciamientos constitucionales (fallos de tutela) en el marco de la referida convocatoria, la accionante elevó petición ante la CNSC y el SENA solicitando se aplicara el precedente y la Ley 1960 de 2019, en consecuencia, se le nombrara en periodo de prueba en alguna de las vacantes definitivas no convocadas en la denominación "profesional grado 2".

Como quiera que la petición fue atendida desfavorablemente, la actora acudió a la presente acción de tutela, encontrándose vigente la lista de elegibles de la OPEC 61401 para el momento de su radicación, en procura de la protección de sus garantías fundamentales, al considerar que las entidades accionadas desconocían el efecto retrospectivo de la Ley 1960 de 2019 y la posibilidad que las personas en lista de elegibles puedan ocupar empleos equivalentes vacantes con posterioridad a la convocatoria, de allí que reproche la postura consignada en el criterio unificado CNSC del 16 de enero de 2020, al limitar la aplicación de la referida ley a las vacantes en los "mismos empleos".

De entrada se advierte, que la presente solicitud de amparo se torna procedente, puesto que la lista de elegibles en la que la actora ocupa el segundo lugar tomó firmeza el 28 de noviembre de 2018, evidenciándose así que la vigencia de dicha lista es por el término de 2 años, por tanto, una solución en la jurisdicción contencioso administrativa llegaría cuando ya la lista de elegibles hubiese perdido vigencia; y más grave aún, no se advierte una acción idónea ante dicha jurisdicción para exigir la elaboración de una lista de elegibles y el nombramiento

correspondiente, en alguna de las vacantes posteriores a la convocatoria equivalentes a la OPEC 61401.

Frente a lo anterior, forzoso viene tener en cuenta que la Corte Constitucional[14] ha sostenido que, pese a la existencia de las vías de reclamación en lo contencioso administrativo, existen dos hipótesis que permiten la procedencia excepcional de la acción de tutela. La primera, se presenta cuando existe el riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable, y la segunda, cuando el medio existente no brinda los elementos pertinentes de idoneidad y eficacia para resolver la controversia, a partir de la naturaleza de la disputa, de los hechos del caso y de su impacto respecto de derechos o garantías constitucionales.

Sobre esta última, en la Sentencia T-059 de 2019, en el marco de un concurso de méritos, la Corte manifestó 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. (…)"
>
> "Particularmente, cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que (i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley. En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que [,] a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico. (…)"
>
> "Por último, es importante poner de presente que, pese a que se podría sostener que la pretensión de la acción de tutela, se podría satisfacer mediante la solicitud de medidas cautelares, lo cierto es que en el fondo se plantea una tensión que involucra

[14] Corte Constitucional, Sentencia T-340 de 2020.

> el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales. // Lo anterior, en la medida en que tal y como se estableció en las Sentencias C-645 de 2017, C-588 de 2009, C-553 de 2010, C-249 de 2012 y SU-539 de 2012, el mérito es un principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, en la medida en que tiene un triple fundamento histórico, conceptual y teleológico. En efecto, el principio del mérito se estableció en el ordenamiento jurídico con la finalidad de proscribir las prácticas clientelistas, para garantizar un medio objetivo de acceso, permanencia y retiro del servicio público y, por último, para hacer efectivos otros derechos que encuentran garantía plena a través de éste, al tiempo que se materializan los principios de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución. (…)"**.**

Ahora bien, atendiendo las pretensiones de la accionante, resulta pertinente resaltar que el numeral 4º del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, dispone lo siguiente: "Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de (dos) 2 años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad"**.**

Como se hizo referencia líneas atrás, la Corte Constitucional precisó con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019 respecto del uso de la lista de elegibles, que hay lugar a su aplicación retrospectiva, de manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas (situación de la aquí accionante), es posible aplicar la regla contenida en la ley citada; en ese contexto, con la finalidad de dar aplicación al presupuesto normativo referido, la CNSC ha desarrollado criterios unificados, entre ellos, el del 16 de enero de 2020 en el que hace alusión a la posibilidad de cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, por otra parte, el 22 de septiembre de 2020, dio las pautas para determinar si un empleo es equivalente a otro para efectos del uso de la lista de elegibles en la misma entidad, estableciendo que en cumplimiento de la nueva norma, las listas de elegibles producto de un proceso de selección se usarán para proveer vacantes definitivas de los mismos empleos o empleos equivalentes.

En esa medida, la postura de las entidades accionadas de hacer uso de listas únicamente para proveer vacantes de los mismos empleos reportados, vulnera los

derechos de la accionante, como quiera que no le permite acceder a la carrera administrativa pese a haber superado un concurso de mérito y existir vacantes equivalentes a la OPEC 61401 (afirmación que no fue desvirtuada por la parte convocada), máxime que tanto la normatividad como el criterio unificado del 22 de septiembre de 2020, establecen el uso de la lista de elegibles para proveer vacantes de empleos equivalentes.

Por lo anterior, la Sala revocará el fallo impugnado y concederá el amparo solicitado, ordenando al SENA que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia, informe a la CNSC los empleos vacantes no convocados o nuevos empleos surgidos con posterioridad que tengan equivalencia con el empleo denominado Profesional, Grado 2 relacionado con la OPEC 61401, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019; una vez que la CNSC reciba dicha información, procederá dentro de los cinco (5) días siguientes, a elaborar una lista de elegibles unificada en estricto orden de mérito, de todas las personas que habiendo superado la Convocatoria No 436 de 2016-SENA, no lograron ser nombrados en el empleo denominado Profesional, Grado 2 de cada una de las OPEC concursadas, la que deberá remitir al SENA dentro de los dos días siguientes; iii) recibida la lista de elegibles unificada por parte del SENA, éste procederá dentro de los tres (3) días siguientes a realizar el nombramiento en período de prueba de las personas que tengan el mejor derecho para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 61401, respetando siempre el orden de elegibilidad.

En consecuencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en Sala Civil de Decisión Especializada en Restitución de Tierras, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo de tutela proferido el 9 de noviembre de 2020 por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Bogotá para, en su lugar, **CONCEDER** el amparo solicitado por Damaris Gómez Díaz, atendiendo las razones esgrimidas en el presente proveído.

SEGUNDO: ORDENAR al SENA que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia, informe a la CNSC los empleos vacantes no

convocados o nuevos empleos surgidos con posterioridad que tengan equivalencia con el empleo denominado Profesional, Grado 2 relacionado con la OPEC 61401, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019; una vez que la CNSC reciba dicha información, procederá dentro de los cinco (5) días siguientes, a elaborar una lista de elegibles unificada en estricto orden de mérito, de todas las personas que habiendo superado la Convocatoria No 436 de 2016-SENA, no lograron ser nombrados en el empleo denominado Profesional, Grado 2 de cada una de las OPEC concursadas, la que deberá remitir al SENA dentro de los dos (2) días siguientes; iii) recibida la lista de elegibles unificada por parte del SENA, éste procederá dentro de los tres (3) días siguientes a realizar el nombramiento en período de prueba de las personas que tengan el mejor derecho para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 61401, respetando siempre el orden de elegibilidad.

TERCERO: COMUNICAR la presente decisión a los intervinientes por el medio más expedito, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. Remítase copia de esta decisión al Juzgado de primera instancia, para lo de su competencia.

CUARTO: Oportunamente enviar el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

QUINTO: Teniendo en cuenta que el presente fallo se emite de manera digital con firmas electrónicas se advierte que la autenticidad de estas puede ser constatada a través del código de verificación que se suministra en el correo electrónico mediante el cual surte su notificación. Cualquier duda al respecto podrá ser absuelta en el correo electrónico secrtbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
JORGE ELIÉCER MOYA VARGAS
Magistrado

Firmado electrónicamente
OSCAR HUMBERTO RAMÍREZ CARDONA
Magistrado

Firmado electrónicamente
JORGE HERNÁN VARGAS RINCÓN
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR
Medellin

S A L A P E N A L

Radicado: 05001-31-09-007-2020-00097
Accionante: Liliana María Londoño Marín
Accionadas: Comisión Nacional del Servicio Civil y SENA
Asunto: Impugnación de fallo de tutela
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 010

Medellín, primero de febrero de dos mil veintiuno

1. EL ASUNTO

Resuelve la Sala la impugnación interpuesta por la señora *Liliana María Londoño Marín* en contra de la sentencia emitida el 01 de diciembre de 2020 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Medellín, que declaró improcedente el amparo constitucional invocado.

2. LOS ANTECEDENTES

2.1. La solicitud de tutela y la sentencia impugnada

Según lo expuesto en la solicitud de tutela, la señora *Liliana María Londoño Marín* se presentó al concurso de méritos para proveer definitivamente vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, contemplado en la Convocatoria No. 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC, concursando para el cargo de Profesional Grado 2 con código OPEC 58862, para cubrir una vacante en el Centro Tecnológico Mobiliario de Itagüí, Antioquia. Afirma que ocupó el puesto número 2 de la lista de

elegibles y luego de haber sido nombrada la persona que estaba en primer lugar, ahora encabeza la lista.

Sostiene que el 25 de mayo de 2019 presentó una petición ante el SENA, solicitando información sobre los cargos creados entre 2017 y 2019 y que los mismos fuesen reportados a la CNSC en aplicación de la Ley 1960 de 2019 y se haga uso de la lista de elegibles con los cargos no ofertados. Afirma que el SENA brindó respuesta indicándole que la Convocatoria 436 de 2017 se adelantó con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019, por lo que el uso de las listas que la CNSC apruebe para el SENA será únicamente para proveer vacantes de los mismos empleos; de modo tal que enfatiza que del reporte realizado por la CNSC de las vacantes definitivas generadas con posterioridad a la realización de la Convocatoria 436 de 2017 y de las vacantes cuyos concursos fueron declarados desiertos, no existe una vacante que corresponda al empleo OPEC No. 58862, el cual se denomina profesional Grado 2 ubicado en el Municipio de Itagüí, Antioquia, con el propósito, funciones y requisitos del proceso Gestión de Recursos Financieros; sin embargo, se le dio un listado de los empleos con esa denominación que se encuentran vacantes en otros municipios.

Hace referencia a diferentes casos análogos en los que los jueces de tutela inaplicaron por inconstitucional el Criterio Unificado del 1 de agosto de 2019 de la CNSC, mediante el cual se había especificado que la reforma legal contenida en la Ley 1960 de 2019 solo podía ser aplicada para proveer vacancias de las convocatorias realizadas con posterioridad a su expedición, así como otros fallos de tutela que se apoyaron en la aplicación con efecto retrospectivo de esa ley.

Agrega que el 6 de agosto de 2020, el SENA recibió un correo electrónico de la señora Diana Catalina Gómez Gómez quien manifestó su decisión de rechazar el nombramiento en período de prueba que le había sido notificado para ocupar el cargo IDP 8302 que es una vacante definitiva que se encuentra en el Centro de Tecnología de la Manufactura Avanzada Regional Antioquia, que pertenecía a la señora Martha Lizeth Olivar Cardozo, la cual fue nombrada en otro cargo, quedando ese cargo desprovisto.

Debido a lo anterior, la accionante solicita la protección de los derechos fundamentales de petición, del debido proceso, al trabajo, a la protección especial de la mujer cabeza de familia, a la igualdad y al acceso a cargos públicos por el sistema de méritos, al considerar que habían sido vulnerados ante la omisión de las entidades accionadas de hacer uso de la lista de elegibles para nombrar en los empleos equivalentes al que concursó en la Convocatoria 436 de 2017, en la que actualmente ocupa el primer lugar, por lo que pretende se ordene a las accionadas efectuar su nombramiento en período de prueba en la vacante del Empleo Profesional Grado 2 IDP 8302 que se encontraría en vacante definitiva y que correspondería a la misma naturaleza del empleo Profesional Grado 2 con código OPEC 58862, o en uno de los empleos equivalentes que se encuentran en provisionalidad, encargo o vacancia definitiva.

Luego de fijar el alcance del derecho a la igualdad y referirse a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos que reglamentan los concursos de méritos, el juez de primera instancia consideró que el amparo constitucional no es el medio idóneo para controvertir las decisiones de las entidades accionadas que niegan su nombramiento en un empleo equivalente al que concursó y que disponen el uso de la lista de elegibles solo

para proveer las vacantes de los mismos empleos reportados, sin que exista uno que corresponda al empleo con OPEC 58862, por lo que es necesario que la accionante acuda a las vías ordinarias, esto es, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo al considerar que es el mecanismo idóneo y eficaz para la protección de los derechos reclamados.

Agrega que, según el material probatorio aportado, no se avizora una afectación de su derecho a la igualdad o al debido proceso, los que han sido preservados en todo momento por parte de las accionadas. Por tanto, declaró improcedente la acción de tutela.

2.2. La impugnación

La señora *Liliana María Londoño Marín* se muestra inconforme con la anterior decisión al considerar que desconoció el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional fijado en la sentencia T-340 de 2020 y en otras 19 decisiones de tutela que decidieron casos análogos, con el cual se dispone la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019 en sus artículos 6 y 7, y se aparta del Criterio Unificado de la CNSC, permitiendo el uso de la lista de elegibles para el nombramiento de los concursantes en los demás cargos para los que concursaron que no fueron ofertados y que se encuentren vacantes, así como los empleos equivalentes definidos en el Decreto 1083 de 2015.

Refiere que la CNSC expidió un nuevo criterio unificado para empleos equivalentes con fecha del 22 de septiembre de 2020, en el cual se contempla el uso de la lista de elegibles para ese efecto, dando aplicación al contenido del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, por lo que entiende que la CNSC ha actualizado su postura al respecto y debe aplicarse a su caso.

Hace alusión a una lista de empleos de profesional grado 2 en diferentes regiones del país, en los que, considera, puede efectuarse su nombramiento por ser equivalentes al cargo al que concursó, advirtiendo que la CNSC y el SENA no han realizado el estudio de equivalencias debido a la interpretación restringida del Criterio Unificado que impide la aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

No está de acuerdo con la decisión del juez de primer grado de considerar que la tutela no es procedente, puesto que existe un perjuicio irremediable debido a su condición de madre cabeza de familia que debe responder por su hija que es estudiante y por su esposo que tiene una condición médica especial, además que le quedan cuatro años para cumplir con los requisitos para ser pensionada, siendo uno de sus objetivos con el concurso el de obtener una estabilidad económica. Agrega que la acción de tutela es el único medio eficaz, no solo por la oneroso que resulta el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento de derechos sino también por el vencimiento de la lista de elegibles cuya vigencia es de dos años.

Finalmente, hace un recuento de los fallos de tutela que han aplicado retrospectivamente la Ley 1960 de 2019 con relación al nombramiento en empleos equivalentes y solicita se revoque el fallo impugnado y, en su lugar, se amparen los derechos invocados.

3. LAS CONSIDERACIONES

3.1. La Competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 esta Sala es competente para resolver la impugnación por ser el superior funcional del juez que resolvió la primera instancia, quien, a su vez, gozaba de competencia para conocer del asunto.

3.2. Pruebas

Se decide con fundamento en las afirmaciones contenidas en la solicitud de tutela, la respuesta de la CNSC y los documentos anexos.

3.3. La decisión

La acción de tutela es un mecanismo residual y sumario para la protección de los derechos fundamentales cuya procedencia presupone la vulneración o amenaza de algún derecho básico del accionante por parte de la autoridad pública o el particular, según de lo que se trate, y que el actor carezca de otro medio judicial para su defensa, salvo el evento del perjuicio irremediable.

Por supuesto que estos presupuestos deben concurrir de manera conjunta, pues a falta de uno de ellos la pretensión de amparo constitucional deviene en improcedente.

De los hechos narrados en el escrito de tutela, percibe la Sala que realmente lo que busca la solicitante es que se le nombre en un cargo equivalente al empleo del SENA en el cual concursó, esto es, Profesional Grado 2 con código OPEC 58862, del Centro Tecnológico Mobiliario de Itagüí, Antioquia, teniendo en cuenta que actualmente ocupa el primer lugar de la lista de elegibles para dicho cargo y que existirían empleos equivalentes en la planta de

personal del SENA que estarían vacantes. Por tanto, lo que está en discusión es la eventual vulneración de los derechos al debido proceso administrativo y al acceso a la carrera administrativa.

En estas circunstancias, no parece razonable exigir a la accionante acudir a la vía judicial ordinaria puesto que la resolución de la controversia planteada, producida en el transcurso de un concurso de méritos, requiere de cierta inmediatez para que produzca efectos apropiados a la finalidad constitucional del proceso de selección del talento humano de una institución, en el caso, vincular a los mejores como empleados para el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, con mayor razón cuando la lista de elegibles tiene una vigencia de dos años y en la que se encuentra la accionante cobró firmeza desde el mes de julio del año 2020, tal como lo informó la CNSC. Por eso, es la tutela el medio judicial idóneo de protección para los derechos invocados, puesto que para la resolución del asunto no resultan oportunos ni eficaces los mecanismos judiciales de protección ordinarios.

Superada la verificación del presupuesto de residualidad de la acción de tutela, la Sala ingresará en el fondo del asunto, naturalmente que, de acuerdo con sus potestades, las que se limitan a constatar si arbitrariamente se están afectando los derechos básicos de la solicitante.

En el *sub judice* los problemas jurídicos que se deben entrar a resolver consisten en determinar si la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC, y el SENA afectan o amenazan derechos básicos de la actora cuando omiten acudir a la lista que conforman los restantes elegibles para proveer todos los cargos que conforman su planta de personal que sean equivalente al empleo para el que concursó y que no estén provistos en propiedad.

No puede ignorarse que fue expresa la voluntad del constituyente de que los cargos de la entidad accionada, como en general los cargos públicos, se proveyeran, conforme a un régimen de carrera. De eso da cuenta el artículo 125 de la Constitución Política. Adicionalmente, el legislador reguló lo relativo para el ingreso en los empleos de carrera, en la Ley 909 de 2004, en cuyos artículos 27 y 31 numeral 4° se lee lo siguiente:

> ARTÍCULO 27. *CARRERA ADMINISTRATIVA.* La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.
>
> ARTÍCULO 31. *ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN O CONCURSO.* El proceso de selección comprende:
>
> 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.

Este último numeral fue modificado por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, quedando de la siguiente forma:

> "ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:
>
> 1. (…)
>
> 2 (…)
>
> 3 (…)

> 4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad."

Entonces, lo que está claro es la obligación constitucional y legal del SENA de designar sus cargos de carrera con la lista de elegibles y ello debe hacerlo con diligencia y ateniéndose a los principios que gobiernan a la administración pública, entre ellos, los de celeridad, igualdad y eficacia, según lo establece el artículo 209 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 2 de la Ley 909 de 2004.

Por eso, para la Sala es injustificable que no se depuren las listas de elegibles de modo que dentro de los cargos que se dispuso proveer en carrera así se proceda, aun cuando se hayan producido los nombramientos en los cargos ofertados. El Tribunal no percibe la debida diligencia por parte del SENA —quien entre otras cosas se abstuvo de intervenir en trámite de tutela— y, por el contrario, se percibe desidia en su actuar, pues en la respuesta brindada a la accionante se niega a efectuar su nombramiento en cargos equivalentes no convocados, justificando su omisión en el hecho de que la Convocatoria 436 de 2017 se adelantó con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019 que permite hacer uso de las listas de elegibles en empleos equivalentes, por lo que la misma no tendría aplicación, y sustenta su decisión con base en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 y el Concepto No. 20202120242511 del 29 de febrero de 2020 de la CNSC, por lo que el uso de la lista que esta última entidad apruebe para el SENA será únicamente para proveer vacantes de los mismos empleos reportados.

Es así como la omisión puesta de presente amenaza de manera seria y actual los derechos de la solicitante, extensiva a los demás integrantes de la lista de elegibles que cuentan con la expectativa de ser nombrados en un cargo equivalente, causa por la cual deberá concederse el amparo constitucional con el fin de precaver la afectación de los derechos fundamentales reclamados, en especial, el debido proceso administrativo y el acceso a la carrera administrativa.

El Decreto 498 de 2020, por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, en su artículo 1, que modificó el artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015, en lo pertinente estableció lo siguiente:

> **ARTÍCULO 1**. Modificar el artículo 2.2.5.3.2 del Capítulo 3 del Título 5 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, el cual quedará así:
>
> "**ARTÍCULO 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera.** La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:
>
> 1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.
>
> 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.
>
> 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.
>
> 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 adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.
>
> **PARÁGRAFO 1º.** Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, 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 y para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.
>
> Lo anterior sin perjuicio de lo señalado en el numeral 3 del artículo 21 de la Ley 909 de 2004.
>
> (…)

De lo anterior se desprende que el SENA tiene la obligación legal de determinar los empleos equivalentes no convocados y reportarlos ante la CNSC con el fin de que se autorice el uso de la lista de elegibles para el nombramiento de los aspirantes a dichos cargos, sin que pueda escudarse en el Criterio Unificado de la CNSC referente a la no aplicación de la Ley 1960 de 2019, específicamente de su artículo 6, al haber sido expedida con posterioridad a la Convocatoria 436 de 2017, teniendo en cuenta que se trata de una controversia que ya fue zanjada por la Corte Constitucional mediante la aplicación temporal de la norma, a través de la figura de la retrospectividad, entendida como *"la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva"*[1].

[1] Sentencia T-564 de 2015

Al respecto, la alta corporación en la sentencia T-340 de 2020, citada por la impugnante, en la que, si bien se trató de un caso en el que el accionante pretendía que se le nombrara en un cargo similar al que concursó, la Corte estableció las siguientes reglas con relación a la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019 que incluye la posibilidad del uso de la lista de elegibles para el nombramiento de los cargos vacantes que sean equivalentes y que no fueron ofertados en la respectiva convocatoria:

> **"3.6. Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo**
>
> 3.6.1. El 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019, *"Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones"*. En ella se alteraron figuras como el encargo, se dispuso la profesionalización del servicio público, se reguló la movilidad horizontal en el servicio público y, en particular, respecto de los concursos de méritos, se hicieron dos cambios a la Ley 909 de 2004. El primero de ellos consistió en la creación de los concursos de ascenso, para permitir la movilidad a cargos superiores de funcionarios de carrera dentro de la entidad, así, en la referida ley, se establecieron unas reglas puntuales para la procedencia de estos concursos y se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los seis meses siguientes contados a partir de su expedición, debía determinar el procedimiento para que las entidades y organismos reportaran la OPEC, para viabilizar el referido concurso.
>
> El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, como se mencionó con anterioridad, con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas *"vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad"*. Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación.
>
> Como se aprecia, el cambio incluido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, comporta una variación en las reglas de los concursos de méritos, particularmente en relación con la utilización de las listas de elegibles. Así, la normativa anterior y la jurisprudencia de esta Corporación sobre el tema, partían de la premisa de que la norma establecía que las listas de elegibles únicamente podrían usarse para los cargos convocados y no otros, a pesar de que con posterioridad a la convocatoria se generaran nuevas vacantes

definitivas. Con ocasión de la referida modificación, esta Sala deberá definir la aplicación en el tiempo de dicha norma, comoquiera que, su uso, en el caso concreto, *prima facie*, proveería un resultado distinto de aquel que podía darse antes de su expedición, no solo debido al cambio normativo, sino también a la consecuente inaplicabilidad del precedente señalado de la Corte respecto del uso de la lista de elegibles, ya que la normativa en la cual se insertaron esos pronunciamientos varió sustancialmente.

(…)

3.6.3. Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma, por lo que se deberá definir si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley.

(…)

Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso *sub-judice*. El último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la **retrospectividad**, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, *"pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva"*[2]. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia.

Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.

[2] Sentencia T-564 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles "*se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer*"[3]. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen **un derecho subjetivo** y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004[4].

Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso.

---

[3] Sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[4] La norma en cita dispone que: *"**ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio**. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; // b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa; (...) d) Por renuncia regularmente aceptada; // e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez* [Declarado EXEQUIBLE por la Corte en Sentencia C-501 de 2005, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.] // *f) Por invalidez absoluta; // g) Por edad de retiro forzoso; // h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario; // i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo* [Declarado EXEQUIBLE por la Corte en Sentencia C-1189 de 2005, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.] // *j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen; // k) Por orden o decisión judicial; // l) Por supresión del empleo;// m) Por muerte; // n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes."*

Por último, se aclara que en este caso no se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto de los potenciales aspirantes que podrían presentarse a los concursos públicos de méritos para acceder a los cargos que ahora serán provistos con las listas de elegibles vigentes en aplicación de la nueva ley. En efecto, tanto la situación de quienes tienen derechos adquiridos como de quienes aún no han consolidado derecho alguno, están reservadas para las personas que conformaron las listas de elegibles vigentes al momento de expedición de la ley, de manera que el resto de la sociedad está sujeta a los cambios que pueda introducir la ley en cualquier tiempo, por cuanto, en esas personas indeterminadas no existe una situación jurídica consolidada ni en curso.

3.6.4. Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que *"las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019,* ***deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad*** *y que correspondan a los* ***"mismos empleos",*** *entiéndase con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."*[5].

3.6.5. En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.

[5] Énfasis por fuera del texto original, Consultado en: https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos.

(…)

3.7.3. De acuerdo con lo expuesto el acápite 3.6 de esta providencia, la Ley 1960 de 2019 modificó la Ley 909 de 2004, concretamente la regla referida al uso de las listas de elegibles vigentes, para permitir que con ellas también se provean las *"vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad"*.

Así las cosas, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley aplica a la situación de las personas que ocupan un lugar en la lista de elegibles que excedía el número de vacantes ofertadas y por proveer. Es decir que, si son las siguientes en orden y existe una lista vigente, en caso de producirse una vacante para ese empleo, aun cuando no haya sido ofertado, tendrán derecho a ser nombradas en las vacantes definitivas que se vayan generando, de conformidad con lo dispuesto en la referida ley. Sin embargo, en cada caso concreto, la entidad cuyas necesidades de personal se pretenden satisfacer mediante el concurso deberá realizar los trámites administrativos para reportar las vacantes definitivas de los cargos a la CNSC, así como los trámites financieros y presupuestales para poder hacer uso de las referidas listas."

La Sala acoge sin reserva alguna lo decidido por la Corte Constitucional con lo cual se derrumba cualquier argumento que implique la aplicación del Criterio Unificado de la CNSC que impedía el uso de la lista de elegibles para el nombramiento en cargos equivalentes no ofertados, debiendo agregar que fue la misma CNSC la que, con posterioridad, expidió el Criterio Unificado del 22 de septiembre de 2020 en el que dispuso las siguientes pautas para efectuar este tipo de nombramientos:

"En cumplimiento del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, las listas de elegibles producto de un proceso de selección se usarán para proveer vacantes definitivas de los "mismos empleos" o "empleos equivalentes", en los casos previstos en la Ley[6].

Para efecto del uso de listas se define a continuación los conceptos de "mismo empleo" y "empleo equivalente":

[6] Vacantes generadas por modificación de planta, o por las causales del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

• MISMO EMPLEO.

Se entenderá por "mismos empleos", los empleos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes[7]; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.

• EMPLEO EQUIVALENTE.

Se entenderá por empleos equivalentes aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan grado salarial igual, posean el mismo requisito de experiencia, sean iguales o similares en cuanto al propósito principal o funciones, requisitos de estudios y competencias comportamentales y mismo grupo de referencia[8] de los empleos de las listas de elegibles. Para analizar si un empleo es equivalente a otro, se deberá:

PRIMERO: Revisar las listas de elegibles vigentes en la entidad para determinar si existen empleos del mismo nivel jerárquico y grado del empleo a proveer.

NOTA: Para el análisis de empleo de nivel asistencial se podrán tener en cuenta empleos de diferente denominación que correspondan a la nomenclatura general de empleos, con el mismo grado del empleo a proveer. Por ejemplo, el empleo con denominación Secretario Código 4178 Grado 14 y el empleo con denominación Auxiliar Administrativo Código 4044 Grado 14."

Por consiguiente, a juicio de la Sala no se ajusta a los mandatos constitucionales y legales la omisión del SENA de continuar con el nombramiento de todas las plazas disponibles en la entidad para los cargos equivalentes no ofertados al que aspiró la accionante, de conformidad con la lista de elegibles establecida por la Resolución No. CNSC – 20182120139155 del 17 de octubre 2018, emitida en virtud de la Convocatoria No. 436 de 2017. Dado que el SENA responde que solo se utiliza la lista de elegibles para la provisión definitiva de las vacantes de los mismos empleos reportados, deberá advertirse con la fuerza propia de una decisión constitucional que las vacantes que existan o lleguen a existir

[7] Mismo Grupo de Aspirantes: Grupo de aspirantes a quienes se les evalúa las mismas competencias (mismo cuadernillo); y a quienes se les califica con los mismos parámetros estadísticos y el mismo ponderado (mismo sistema de calificación).
[8] Mismo Grupo de Referencia o Normativo: Grupo al que se aplica el mismo cuadernillo y se califica agrupado. Por lo tanto, es un agregado estadístico que será empleado para obtener la calificación estandarizada (usualmente basada en el cálculo de la media y desviación típica).

antes de la pérdida de vigencia de la lista y que se traten de empleos equivalentes, deberán ser provistas en carrera con la lista actual. En consecuencia, se deberá remover esa omisión mediante una orden para que se continúe proveyendo dichos cargos con los inscritos en el registro de elegibles en estricto orden descendente.

Igualmente, no puede desconocerse que, de ampliarse el número de cargos por proveer bajo el sistema de carrera, la accionante pueda acceder efectivamente a un cargo equivalente para el cual concursó. Para el efecto, es imperioso dejar explícito que la solicitante, al haber aprobado el concurso de méritos en el cual participó, no cuenta con una mera expectativa sino con el derecho a ocupar una de las vacantes que existan en el SENA y que sean equivalentes al empleo Profesional Grado 2 con código OPEC 58862 o que lleguen a presentarse durante la vigencia de la lista de elegibles.

Si el marco constitucional y legal no exime los cargos permanentes de la planta de personal provistos en provisionalidad y encargo del ingreso de carrera, como ocurre con los de libre nombramiento y remoción, entonces todos los cargos vacantes con vocación de permanencia deben ser provistos por este sistema, salvo, como es obvio, que se encuentren ocupados en propiedad.

Ahora bien, aunque podría deducirse que la afectación de los derechos fundamentales de la accionante deviene exclusivamente de la equivocada actuación del SENA, lo cierto es que al respecto la CNSC ha optado por asumir una conducta pasiva y no proactiva, incompatible con los postulados de un Estado Social de Derecho en el que, según el contenido del artículo 2 de la Constitución Política, las autoridades públicas están instituidas para proteger a las personas en todos sus derechos.

Juzga la Sala que no se ha actuado con diligencia para que los eventuales cargos propios de la carrera administrativa que sean equivalentes al empleo para el que concursó la accionante se provean de la lista de elegibles en la que actualmente ocupa el primer lugar y, por el contrario, de lo informado por la CNSC en su respuesta a la solicitud de tutela, dicha entidad avala que *"las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así coma aquellas (listas de elegibles) expedidas coma consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria"*, permitiendo el uso de la lista de elegibles solo para proveer los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera, OPEC, de la respectiva convocatoria y las nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, lo que a todas luces contradice los postulados constitucionales que deben observarse en los concursos de méritos como quedó establecido en esta providencia.

Sabido es que la existencia del concurso garantiza la satisfacción del principio de mérito y de igualdad en el ingreso de los cargos públicos, valor esencial en un Estado social de derecho, el que no pueden dejar de lado las entidades accionadas, causa por la cual procede la protección constitucional solicitada. En todo caso, se señalarán términos razonables de modo que pueda coexistir la satisfacción del derecho a acceder a los cargos públicos por concurso y los requerimientos administrativos de las accionadas para llevar a cabo un adecuado proceso al respecto.

En conclusión, del examen realizado surge que la actuación del SENA y la omisión de la CNSC amenazan de modo cierto los derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa para

ocupar un cargo público y al debido proceso administrativo de la señora *Liliana María Londoño Marín,* por lo que se impone su protección constitucional, extensiva a los demás integrantes de la lista de elegibles.

Cabe advertir que, si bien en otra oportunidad esta misma Sala de Decisión[9], en sede de segunda instancia, confirmó la improcedencia de la acción de tutela en un caso similar, para el momento en que fue emitida dicha providencia aún no existía el precedente de la Corte Constitucional contenido en la sentencia T-340 del 21 de agosto de 2020, que determinó la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019.

En consecuencia, se ordenará al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, y a la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC, que en un término no superior a 8 días, de manera conjunta realicen el estudio de equivalencia de los cargos vacantes no convocados en todo el territorio nacional, con relación al empleo Profesional Grado 2 con código OPEC 58862 al que concursó la accionante y se reporte a la CNSC las vacantes definitivas y equivalentes que haya en la planta de personal para el cargo de la actora; una vez efectuado lo anterior, la CNSC contará con un término de 15 días para realizar las verificaciones y actualizaciones a que haya lugar, luego del cual deberá remitir en un término no superior a 48 horas, la lista de elegibles de la cual deberá hacer uso el SENA en estricto orden descendente para proveer las vacantes definitivas reportadas en cargos equivalentes, así no hayan sido ofertadas inicialmente en el concurso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, actuando como

[9] Sentencia de tutela de segunda instancia del 15 de abril de 2020, radicado 05001-31-09-020-2020-00019.

juez constitucional, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

Primero: Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Medellín que declaró improcedente el amparo constitucional pretendido y, en su lugar, conceder la tutela de los derechos fundamentales al acceso a la carrera judicial para ocupar un cargo público y al debido proceso administrativo de la señora *Liliana María Londoño Marín.*

Segundo: En consecuencia, se ordena al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, y a la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC, que, en un término no superior a ocho (8) días, contado a partir de la notificación de este fallo, de manera conjunta realicen el estudio de equivalencia de los cargos vacantes no convocados en todo el territorio nacional, con relación al empleo Profesional Grado 2 con código OPEC 58862 al que concursó la accionante y se reporte a la CNSC las vacantes definitivas y equivalentes que haya en la planta de personal del SENA para el cargo al que aspiró la actora; una vez efectuado lo anterior, la CNSC contará con un término de quince (15) días para realizar las verificaciones y actualizaciones a que haya lugar, luego del cual deberá remitir en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas, la lista de elegibles de la cual deberá hacer uso el SENA en estricto orden descendente para proveer las vacantes definitivas reportadas en cargos equivalentes.

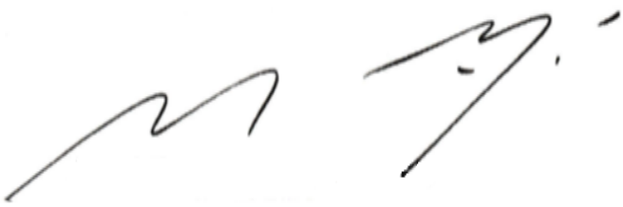
Del cumplimiento de estas órdenes responderán de modo personal los representantes legales de las entidades mencionadas,

de modo que si delegan funciones al respecto, deberán estar pendientes de su debida ejecución.

Tercero: Prevenir al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela.

Cuarto: Enviar el expediente, dentro del término indicado en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, a la Corte Constitucional para su eventual revisión, previa información al juez de primera instancia de este proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO

MARTHA ALEXANDRA VEGA ROBERTO
MAGISTRADA

TRIBUNAL SUPERIOR
Medellin

S A L A P E N A L

Radicado: 05001-31-09-007-2020-00097
Accionante: Liliana María Londoño Marín
Accionadas: Comisión Nacional del Servicio Civil y SENA
Asunto: Impugnación de fallo de tutela
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 010

Medellín, primero de febrero de dos mil veintiuno

1. EL ASUNTO

Resuelve la Sala la impugnación interpuesta por la señora *Liliana María Londoño Marín* en contra de la sentencia emitida el 01 de diciembre de 2020 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Medellín, que declaró improcedente el amparo constitucional invocado.

2. LOS ANTECEDENTES

2.1. La solicitud de tutela y la sentencia impugnada

Según lo expuesto en la solicitud de tutela, la señora *Liliana María Londoño Marín* se presentó al concurso de méritos para proveer definitivamente vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, contemplado en la Convocatoria No. 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC, concursando para el cargo de Profesional Grado 2 con código OPEC 58862, para cubrir una vacante en el Centro Tecnológico Mobiliario de Itagüí, Antioquia. Afirma que ocupó el puesto número 2 de la lista de

elegibles y luego de haber sido nombrada la persona que estaba en primer lugar, ahora encabeza la lista.

Sostiene que el 25 de mayo de 2019 presentó una petición ante el SENA, solicitando información sobre los cargos creados entre 2017 y 2019 y que los mismos fuesen reportados a la CNSC en aplicación de la Ley 1960 de 2019 y se haga uso de la lista de elegibles con los cargos no ofertados. Afirma que el SENA brindó respuesta indicándole que la Convocatoria 436 de 2017 se adelantó con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019, por lo que el uso de las listas que la CNSC apruebe para el SENA será únicamente para proveer vacantes de los mismos empleos; de modo tal que enfatiza que del reporte realizado por la CNSC de las vacantes definitivas generadas con posterioridad a la realización de la Convocatoria 436 de 2017 y de las vacantes cuyos concursos fueron declarados desiertos, no existe una vacante que corresponda al empleo OPEC No. 58862, el cual se denomina profesional Grado 2 ubicado en el Municipio de Itagüí, Antioquia, con el propósito, funciones y requisitos del proceso Gestión de Recursos Financieros; sin embargo, se le dio un listado de los empleos con esa denominación que se encuentran vacantes en otros municipios.

Hace referencia a diferentes casos análogos en los que los jueces de tutela inaplicaron por inconstitucional el Criterio Unificado del 1 de agosto de 2019 de la CNSC, mediante el cual se había especificado que la reforma legal contenida en la Ley 1960 de 2019 solo podía ser aplicada para proveer vacancias de las convocatorias realizadas con posterioridad a su expedición, así como otros fallos de tutela que se apoyaron en la aplicación con efecto retrospectivo de esa ley.

Agrega que el 6 de agosto de 2020, el SENA recibió un correo electrónico de la señora Diana Catalina Gómez Gómez quien manifestó su decisión de rechazar el nombramiento en período de prueba que le había sido notificado para ocupar el cargo IDP 8302 que es una vacante definitiva que se encuentra en el Centro de Tecnología de la Manufactura Avanzada Regional Antioquia, que pertenecía a la señora Martha Lizeth Olivar Cardozo, la cual fue nombrada en otro cargo, quedando ese cargo desprovisto.

Debido a lo anterior, la accionante solicita la protección de los derechos fundamentales de petición, del debido proceso, al trabajo, a la protección especial de la mujer cabeza de familia, a la igualdad y al acceso a cargos públicos por el sistema de méritos, al considerar que habían sido vulnerados ante la omisión de las entidades accionadas de hacer uso de la lista de elegibles para nombrar en los empleos equivalentes al que concursó en la Convocatoria 436 de 2017, en la que actualmente ocupa el primer lugar, por lo que pretende se ordene a las accionadas efectuar su nombramiento en período de prueba en la vacante del Empleo Profesional Grado 2 IDP 8302 que se encontraría en vacante definitiva y que correspondería a la misma naturaleza del empleo Profesional Grado 2 con código OPEC 58862, o en uno de los empleos equivalentes que se encuentran en provisionalidad, encargo o vacancia definitiva.

Luego de fijar el alcance del derecho a la igualdad y referirse a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos que reglamentan los concursos de méritos, el juez de primera instancia consideró que el amparo constitucional no es el medio idóneo para controvertir las decisiones de las entidades accionadas que niegan su nombramiento en un empleo equivalente al que concursó y que disponen el uso de la lista de elegibles solo

para proveer las vacantes de los mismos empleos reportados, sin que exista uno que corresponda al empleo con OPEC 58862, por lo que es necesario que la accionante acuda a las vías ordinarias, esto es, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo al considerar que es el mecanismo idóneo y eficaz para la protección de los derechos reclamados.

Agrega que, según el material probatorio aportado, no se avizora una afectación de su derecho a la igualdad o al debido proceso, los que han sido preservados en todo momento por parte de las accionadas. Por tanto, declaró improcedente la acción de tutela.

2.2. La impugnación

La señora *Liliana María Londoño Marín* se muestra inconforme con la anterior decisión al considerar que desconoció el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional fijado en la sentencia T-340 de 2020 y en otras 19 decisiones de tutela que decidieron casos análogos, con el cual se dispone la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019 en sus artículos 6 y 7, y se aparta del Criterio Unificado de la CNSC, permitiendo el uso de la lista de elegibles para el nombramiento de los concursantes en los demás cargos para los que concursaron que no fueron ofertados y que se encuentren vacantes, así como los empleos equivalentes definidos en el Decreto 1083 de 2015.

Refiere que la CNSC expidió un nuevo criterio unificado para empleos equivalentes con fecha del 22 de septiembre de 2020, en el cual se contempla el uso de la lista de elegibles para ese efecto, dando aplicación al contenido del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, por lo que entiende que la CNSC ha actualizado su postura al respecto y debe aplicarse a su caso.

Hace alusión a una lista de empleos de profesional grado 2 en diferentes regiones del país, en los que, considera, puede efectuarse su nombramiento por ser equivalentes al cargo al que concursó, advirtiendo que la CNSC y el SENA no han realizado el estudio de equivalencias debido a la interpretación restringida del Criterio Unificado que impide la aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

No está de acuerdo con la decisión del juez de primer grado de considerar que la tutela no es procedente, puesto que existe un perjuicio irremediable debido a su condición de madre cabeza de familia que debe responder por su hija que es estudiante y por su esposo que tiene una condición médica especial, además que le quedan cuatro años para cumplir con los requisitos para ser pensionada, siendo uno de sus objetivos con el concurso el de obtener una estabilidad económica. Agrega que la acción de tutela es el único medio eficaz, no solo por la oneroso que resulta el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento de derechos sino también por el vencimiento de la lista de elegibles cuya vigencia es de dos años.

Finalmente, hace un recuento de los fallos de tutela que han aplicado retrospectivamente la Ley 1960 de 2019 con relación al nombramiento en empleos equivalentes y solicita se revoque el fallo impugnado y, en su lugar, se amparen los derechos invocados.

3. LAS CONSIDERACIONES

3.1. La Competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 esta Sala es competente para resolver la impugnación por ser el superior funcional del juez que resolvió la primera instancia, quien, a su vez, gozaba de competencia para conocer del asunto.

3.2. Pruebas

Se decide con fundamento en las afirmaciones contenidas en la solicitud de tutela, la respuesta de la CNSC y los documentos anexos.

3.3. La decisión

La acción de tutela es un mecanismo residual y sumario para la protección de los derechos fundamentales cuya procedencia presupone la vulneración o amenaza de algún derecho básico del accionante por parte de la autoridad pública o el particular, según de lo que se trate, y que el actor carezca de otro medio judicial para su defensa, salvo el evento del perjuicio irremediable.

Por supuesto que estos presupuestos deben concurrir de manera conjunta, pues a falta de uno de ellos la pretensión de amparo constitucional deviene en improcedente.

De los hechos narrados en el escrito de tutela, percibe la Sala que realmente lo que busca la solicitante es que se le nombre en un cargo equivalente al empleo del SENA en el cual concursó, esto es, Profesional Grado 2 con código OPEC 58862, del Centro Tecnológico Mobiliario de Itagüí, Antioquia, teniendo en cuenta que actualmente ocupa el primer lugar de la lista de elegibles para dicho cargo y que existirían empleos equivalentes en la planta de

personal del SENA que estarían vacantes. Por tanto, lo que está en discusión es la eventual vulneración de los derechos al debido proceso administrativo y al acceso a la carrera administrativa.

En estas circunstancias, no parece razonable exigir a la accionante acudir a la vía judicial ordinaria puesto que la resolución de la controversia planteada, producida en el transcurso de un concurso de méritos, requiere de cierta inmediatez para que produzca efectos apropiados a la finalidad constitucional del proceso de selección del talento humano de una institución, en el caso, vincular a los mejores como empleados para el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, con mayor razón cuando la lista de elegibles tiene una vigencia de dos años y en la que se encuentra la accionante cobró firmeza desde el mes de julio del año 2020, tal como lo informó la CNSC. Por eso, es la tutela el medio judicial idóneo de protección para los derechos invocados, puesto que para la resolución del asunto no resultan oportunos ni eficaces los mecanismos judiciales de protección ordinarios.

Superada la verificación del presupuesto de residualidad de la acción de tutela, la Sala ingresará en el fondo del asunto, naturalmente que, de acuerdo con sus potestades, las que se limitan a constatar si arbitrariamente se están afectando los derechos básicos de la solicitante.

En el *sub judice* los problemas jurídicos que se deben entrar a resolver consisten en determinar si la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC, y el SENA afectan o amenazan derechos básicos de la actora cuando omiten acudir a la lista que conforman los restantes elegibles para proveer todos los cargos que conforman su planta de personal que sean equivalente al empleo para el que concursó y que no estén provistos en propiedad.

No puede ignorarse que fue expresa la voluntad del constituyente de que los cargos de la entidad accionada, como en general los cargos públicos, se proveyeran, conforme a un régimen de carrera. De eso da cuenta el artículo 125 de la Constitución Política. Adicionalmente, el legislador reguló lo relativo para el ingreso en los empleos de carrera, en la Ley 909 de 2004, en cuyos artículos 27 y 31 numeral 4° se lee lo siguiente:

> ARTÍCULO 27. *CARRERA ADMINISTRATIVA.* La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.
>
> ARTÍCULO 31. *ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN O CONCURSO.* El proceso de selección comprende:
>
> 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.

Este último numeral fue modificado por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, quedando de la siguiente forma:

> "ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:
>
> 1. (…)
>
> 2 (…)
>
> 3 (…)

> 4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad."

Entonces, lo que está claro es la obligación constitucional y legal del SENA de designar sus cargos de carrera con la lista de elegibles y ello debe hacerlo con diligencia y ateniéndose a los principios que gobiernan a la administración pública, entre ellos, los de celeridad, igualdad y eficacia, según lo establece el artículo 209 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 2 de la Ley 909 de 2004.

Por eso, para la Sala es injustificable que no se depuren las listas de elegibles de modo que dentro de los cargos que se dispuso proveer en carrera así se proceda, aun cuando se hayan producido los nombramientos en los cargos ofertados. El Tribunal no percibe la debida diligencia por parte del SENA —quien entre otras cosas se abstuvo de intervenir en trámite de tutela— y, por el contrario, se percibe desidia en su actuar, pues en la respuesta brindada a la accionante se niega a efectuar su nombramiento en cargos equivalentes no convocados, justificando su omisión en el hecho de que la Convocatoria 436 de 2017 se adelantó con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019 que permite hacer uso de las listas de elegibles en empleos equivalentes, por lo que la misma no tendría aplicación, y sustenta su decisión con base en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 y el Concepto No. 20202120242511 del 29 de febrero de 2020 de la CNSC, por lo que el uso de la lista que esta última entidad apruebe para el SENA será únicamente para proveer vacantes de los mismos empleos reportados.

Es así como la omisión puesta de presente amenaza de manera seria y actual los derechos de la solicitante, extensiva a los demás integrantes de la lista de elegibles que cuentan con la expectativa de ser nombrados en un cargo equivalente, causa por la cual deberá concederse el amparo constitucional con el fin de precaver la afectación de los derechos fundamentales reclamados, en especial, el debido proceso administrativo y el acceso a la carrera administrativa.

El Decreto 498 de 2020, por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, en su artículo 1, que modificó el artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015, en lo pertinente estableció lo siguiente:

> **ARTÍCULO 1**. Modificar el artículo 2.2.5.3.2 del Capítulo 3 del Título 5 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, el cual quedará así:
>
> "**ARTÍCULO 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera.** La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:
>
> 1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.
>
> 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.
>
> 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.
>
> 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 adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.
>
> **PARÁGRAFO 1º.** Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, 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 y para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.
>
> Lo anterior sin perjuicio de lo señalado en el numeral 3 del artículo 21 de la Ley 909 de 2004.
>
> (…)

De lo anterior se desprende que el SENA tiene la obligación legal de determinar los empleos equivalentes no convocados y reportarlos ante la CNSC con el fin de que se autorice el uso de la lista de elegibles para el nombramiento de los aspirantes a dichos cargos, sin que pueda escudarse en el Criterio Unificado de la CNSC referente a la no aplicación de la Ley 1960 de 2019, específicamente de su artículo 6, al haber sido expedida con posterioridad a la Convocatoria 436 de 2017, teniendo en cuenta que se trata de una controversia que ya fue zanjada por la Corte Constitucional mediante la aplicación temporal de la norma, a través de la figura de la retrospectividad, entendida como *"la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva"*[1].

[1] Sentencia T-564 de 2015

Al respecto, la alta corporación en la sentencia T-340 de 2020, citada por la impugnante, en la que, si bien se trató de un caso en el que el accionante pretendía que se le nombrara en un cargo similar al que concursó, la Corte estableció las siguientes reglas con relación a la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019 que incluye la posibilidad del uso de la lista de elegibles para el nombramiento de los cargos vacantes que sean equivalentes y que no fueron ofertados en la respectiva convocatoria:

> **"3.6. Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo**
>
> 3.6.1. El 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019, *"Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones"*. En ella se alteraron figuras como el encargo, se dispuso la profesionalización del servicio público, se reguló la movilidad horizontal en el servicio público y, en particular, respecto de los concursos de méritos, se hicieron dos cambios a la Ley 909 de 2004. El primero de ellos consistió en la creación de los concursos de ascenso, para permitir la movilidad a cargos superiores de funcionarios de carrera dentro de la entidad, así, en la referida ley, se establecieron unas reglas puntuales para la procedencia de estos concursos y se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los seis meses siguientes contados a partir de su expedición, debía determinar el procedimiento para que las entidades y organismos reportaran la OPEC, para viabilizar el referido concurso.
>
> El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, como se mencionó con anterioridad, con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas *"vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad"*. Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación.
>
> Como se aprecia, el cambio incluido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, comporta una variación en las reglas de los concursos de méritos, particularmente en relación con la utilización de las listas de elegibles. Así, la normativa anterior y la jurisprudencia de esta Corporación sobre el tema, partían de la premisa de que la norma establecía que las listas de elegibles únicamente podrían usarse para los cargos convocados y no otros, a pesar de que con posterioridad a la convocatoria se generaran nuevas vacantes

definitivas. Con ocasión de la referida modificación, esta Sala deberá definir la aplicación en el tiempo de dicha norma, comoquiera que, su uso, en el caso concreto, *prima facie*, proveería un resultado distinto de aquel que podía darse antes de su expedición, no solo debido al cambio normativo, sino también a la consecuente inaplicabilidad del precedente señalado de la Corte respecto del uso de la lista de elegibles, ya que la normativa en la cual se insertaron esos pronunciamientos varió sustancialmente.

(…)

3.6.3. Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma, por lo que se deberá definir si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley.

(…)

Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso *sub-judice*. El último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la **retrospectividad**, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, *"pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva"*[2]. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia.

Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.

[2] Sentencia T-564 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles "*se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer*"[3]. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen **un derecho subjetivo** y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004[4].

Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso.

---

[3] Sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[4] La norma en cita dispone que: *"**ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio**. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; // b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa; (...) d) Por renuncia regularmente aceptada; // e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez* [Declarado EXEQUIBLE por la Corte en Sentencia C-501 de 2005, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.] // *f) Por invalidez absoluta; // g) Por edad de retiro forzoso; // h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario; // i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo* [Declarado EXEQUIBLE por la Corte en Sentencia C-1189 de 2005, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.] // *j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen; // k) Por orden o decisión judicial; // l) Por supresión del empleo;// m) Por muerte; // n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes."*

Por último, se aclara que en este caso no se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto de los potenciales aspirantes que podrían presentarse a los concursos públicos de méritos para acceder a los cargos que ahora serán provistos con las listas de elegibles vigentes en aplicación de la nueva ley. En efecto, tanto la situación de quienes tienen derechos adquiridos como de quienes aún no han consolidado derecho alguno, están reservadas para las personas que conformaron las listas de elegibles vigentes al momento de expedición de la ley, de manera que el resto de la sociedad está sujeta a los cambios que pueda introducir la ley en cualquier tiempo, por cuanto, en esas personas indeterminadas no existe una situación jurídica consolidada ni en curso.

3.6.4. Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que *"las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019,* ***deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad*** *y que correspondan a los* ***"mismos empleos",*** *entiéndase con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."*[5].

3.6.5. En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.

[5] Énfasis por fuera del texto original, Consultado en: https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos.

(…)

3.7.3. De acuerdo con lo expuesto el acápite 3.6 de esta providencia, la Ley 1960 de 2019 modificó la Ley 909 de 2004, concretamente la regla referida al uso de las listas de elegibles vigentes, para permitir que con ellas también se provean las *"vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad"*.

Así las cosas, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley aplica a la situación de las personas que ocupan un lugar en la lista de elegibles que excedía el número de vacantes ofertadas y por proveer. Es decir que, si son las siguientes en orden y existe una lista vigente, en caso de producirse una vacante para ese empleo, aun cuando no haya sido ofertado, tendrán derecho a ser nombradas en las vacantes definitivas que se vayan generando, de conformidad con lo dispuesto en la referida ley. Sin embargo, en cada caso concreto, la entidad cuyas necesidades de personal se pretenden satisfacer mediante el concurso deberá realizar los trámites administrativos para reportar las vacantes definitivas de los cargos a la CNSC, así como los trámites financieros y presupuestales para poder hacer uso de las referidas listas."

La Sala acoge sin reserva alguna lo decidido por la Corte Constitucional con lo cual se derrumba cualquier argumento que implique la aplicación del Criterio Unificado de la CNSC que impedía el uso de la lista de elegibles para el nombramiento en cargos equivalentes no ofertados, debiendo agregar que fue la misma CNSC la que, con posterioridad, expidió el Criterio Unificado del 22 de septiembre de 2020 en el que dispuso las siguientes pautas para efectuar este tipo de nombramientos:

"En cumplimiento del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, las listas de elegibles producto de un proceso de selección se usarán para proveer vacantes definitivas de los "mismos empleos" o "empleos equivalentes", en los casos previstos en la Ley[6].

Para efecto del uso de listas se define a continuación los conceptos de "mismo empleo" y "empleo equivalente":

[6] Vacantes generadas por modificación de planta, o por las causales del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

• MISMO EMPLEO.

Se entenderá por "mismos empleos", los empleos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes[7]; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.

• EMPLEO EQUIVALENTE.

Se entenderá por empleos equivalentes aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan grado salarial igual, posean el mismo requisito de experiencia, sean iguales o similares en cuanto al propósito principal o funciones, requisitos de estudios y competencias comportamentales y mismo grupo de referencia[8] de los empleos de las listas de elegibles. Para analizar si un empleo es equivalente a otro, se deberá:

PRIMERO: Revisar las listas de elegibles vigentes en la entidad para determinar si existen empleos del mismo nivel jerárquico y grado del empleo a proveer.

NOTA: Para el análisis de empleo de nivel asistencial se podrán tener en cuenta empleos de diferente denominación que correspondan a la nomenclatura general de empleos, con el mismo grado del empleo a proveer. Por ejemplo, el empleo con denominación Secretario Código 4178 Grado 14 y el empleo con denominación Auxiliar Administrativo Código 4044 Grado 14."

Por consiguiente, a juicio de la Sala no se ajusta a los mandatos constitucionales y legales la omisión del SENA de continuar con el nombramiento de todas las plazas disponibles en la entidad para los cargos equivalentes no ofertados al que aspiró la accionante, de conformidad con la lista de elegibles establecida por la Resolución No. CNSC – 20182120139155 del 17 de octubre 2018, emitida en virtud de la Convocatoria No. 436 de 2017. Dado que el SENA responde que solo se utiliza la lista de elegibles para la provisión definitiva de las vacantes de los mismos empleos reportados, deberá advertirse con la fuerza propia de una decisión constitucional que las vacantes que existan o lleguen a existir

[7] Mismo Grupo de Aspirantes: Grupo de aspirantes a quienes se les evalúa las mismas competencias (mismo cuadernillo); y a quienes se les califica con los mismos parámetros estadísticos y el mismo ponderado (mismo sistema de calificación).
[8] Mismo Grupo de Referencia o Normativo: Grupo al que se aplica el mismo cuadernillo y se califica agrupado. Por lo tanto, es un agregado estadístico que será empleado para obtener la calificación estandarizada (usualmente basada en el cálculo de la media y desviación típica).

antes de la pérdida de vigencia de la lista y que se traten de empleos equivalentes, deberán ser provistas en carrera con la lista actual. En consecuencia, se deberá remover esa omisión mediante una orden para que se continúe proveyendo dichos cargos con los inscritos en el registro de elegibles en estricto orden descendente.

Igualmente, no puede desconocerse que, de ampliarse el número de cargos por proveer bajo el sistema de carrera, la accionante pueda acceder efectivamente a un cargo equivalente para el cual concursó. Para el efecto, es imperioso dejar explícito que la solicitante, al haber aprobado el concurso de méritos en el cual participó, no cuenta con una mera expectativa sino con el derecho a ocupar una de las vacantes que existan en el SENA y que sean equivalentes al empleo Profesional Grado 2 con código OPEC 58862 o que lleguen a presentarse durante la vigencia de la lista de elegibles.

Si el marco constitucional y legal no exime los cargos permanentes de la planta de personal provistos en provisionalidad y encargo del ingreso de carrera, como ocurre con los de libre nombramiento y remoción, entonces todos los cargos vacantes con vocación de permanencia deben ser provistos por este sistema, salvo, como es obvio, que se encuentren ocupados en propiedad.

Ahora bien, aunque podría deducirse que la afectación de los derechos fundamentales de la accionante deviene exclusivamente de la equivocada actuación del SENA, lo cierto es que al respecto la CNSC ha optado por asumir una conducta pasiva y no proactiva, incompatible con los postulados de un Estado Social de Derecho en el que, según el contenido del artículo 2 de la Constitución Política, las autoridades públicas están instituidas para proteger a las personas en todos sus derechos.

Juzga la Sala que no se ha actuado con diligencia para que los eventuales cargos propios de la carrera administrativa que sean equivalentes al empleo para el que concursó la accionante se provean de la lista de elegibles en la que actualmente ocupa el primer lugar y, por el contrario, de lo informado por la CNSC en su respuesta a la solicitud de tutela, dicha entidad avala que *"las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así coma aquellas (listas de elegibles) expedidas coma consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria"*, permitiendo el uso de la lista de elegibles solo para proveer los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera, OPEC, de la respectiva convocatoria y las nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, lo que a todas luces contradice los postulados constitucionales que deben observarse en los concursos de méritos como quedó establecido en esta providencia.

Sabido es que la existencia del concurso garantiza la satisfacción del principio de mérito y de igualdad en el ingreso de los cargos públicos, valor esencial en un Estado social de derecho, el que no pueden dejar de lado las entidades accionadas, causa por la cual procede la protección constitucional solicitada. En todo caso, se señalarán términos razonables de modo que pueda coexistir la satisfacción del derecho a acceder a los cargos públicos por concurso y los requerimientos administrativos de las accionadas para llevar a cabo un adecuado proceso al respecto.

En conclusión, del examen realizado surge que la actuación del SENA y la omisión de la CNSC amenazan de modo cierto los derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa para

ocupar un cargo público y al debido proceso administrativo de la señora *Liliana María Londoño Marín,* por lo que se impone su protección constitucional, extensiva a los demás integrantes de la lista de elegibles.

Cabe advertir que, si bien en otra oportunidad esta misma Sala de Decisión[9], en sede de segunda instancia, confirmó la improcedencia de la acción de tutela en un caso similar, para el momento en que fue emitida dicha providencia aún no existía el precedente de la Corte Constitucional contenido en la sentencia T-340 del 21 de agosto de 2020, que determinó la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019.

En consecuencia, se ordenará al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, y a la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC, que en un término no superior a 8 días, de manera conjunta realicen el estudio de equivalencia de los cargos vacantes no convocados en todo el territorio nacional, con relación al empleo Profesional Grado 2 con código OPEC 58862 al que concursó la accionante y se reporte a la CNSC las vacantes definitivas y equivalentes que haya en la planta de personal para el cargo de la actora; una vez efectuado lo anterior, la CNSC contará con un término de 15 días para realizar las verificaciones y actualizaciones a que haya lugar, luego del cual deberá remitir en un término no superior a 48 horas, la lista de elegibles de la cual deberá hacer uso el SENA en estricto orden descendente para proveer las vacantes definitivas reportadas en cargos equivalentes, así no hayan sido ofertadas inicialmente en el concurso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, actuando como

[9] Sentencia de tutela de segunda instancia del 15 de abril de 2020, radicado 05001-31-09-020-2020-00019.

juez constitucional, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

Primero: Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Medellín que declaró improcedente el amparo constitucional pretendido y, en su lugar, conceder la tutela de los derechos fundamentales al acceso a la carrera judicial para ocupar un cargo público y al debido proceso administrativo de la señora *Liliana María Londoño Marín.*

Segundo: En consecuencia, se ordena al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, y a la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC, que, en un término no superior a ocho (8) días, contado a partir de la notificación de este fallo, de manera conjunta realicen el estudio de equivalencia de los cargos vacantes no convocados en todo el territorio nacional, con relación al empleo Profesional Grado 2 con código OPEC 58862 al que concursó la accionante y se reporte a la CNSC las vacantes definitivas y equivalentes que haya en la planta de personal del SENA para el cargo al que aspiró la actora; una vez efectuado lo anterior, la CNSC contará con un término de quince (15) días para realizar las verificaciones y actualizaciones a que haya lugar, luego del cual deberá remitir en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas, la lista de elegibles de la cual deberá hacer uso el SENA en estricto orden descendente para proveer las vacantes definitivas reportadas en cargos equivalentes.

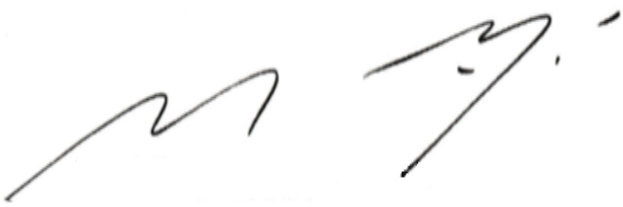
Del cumplimiento de estas órdenes responderán de modo personal los representantes legales de las entidades mencionadas,

de modo que si delegan funciones al respecto, deberán estar pendientes de su debida ejecución.

Tercero: Prevenir al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela.

Cuarto: Enviar el expediente, dentro del término indicado en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, a la Corte Constitucional para su eventual revisión, previa información al juez de primera instancia de este proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO

MARTHA ALEXANDRA VEGA ROBERTO
MAGISTRADA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
- SECCIÓN PRIMERA -
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá D.C., veinte (20) de enero de dos mil veintiuno (2021)

MAGISTRADA PONENTE: **CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO**

Expediente: **11001-33-35-014-2020-00338-01**
Accionante: **KATTY LORENA TURIZO MORENO**
Accionados: **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC- Y OTRO**

ACCIÓN DE TUTELA

Asunto: Fallo de segunda instancia

Decide la Sala la impugnación presentada por las entidades accionadas contra el fallo de fecha veinte (20) de octubre de dos mil veinte (2020), proferido por el Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, D.C. – Sección Segunda.

I. ANTECEDENTES

La señora Katty Lorena Turizo Moreno actuando en nombre propio, expuso como fundamento de sus pretensiones, los hechos que a continuación se relacionan.

En cumplimiento de la Ley 909 de 2004, *"Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"*, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, en adelante la CNSC, expidió el ACUERDO No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, por medio del cual se convocó a proceso de selección (Convocatoria 436 de 2017) para proveer definitivamente por concurso

abierto de méritos, los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

Las etapas señaladas por la CNSC, para adelantar la Convocatoria 436 de 2017, fueron las siguientes: Convocatoria y divulgación, Inscripción, Verificación de requisitos mínimos, Aplicación de pruebas, sobre competencias básicas y Funcionales, pruebas sobre competencias comportamentales, Valoración de Antecedentes, conformación de Listas de Elegibles, firmeza de la lista de elegibles y nombramiento en Periodo de prueba.

Producto de la convocatoria, expide la resolución de lista de elegibles No 20182120190735 del 24 de diciembre de 2018, para proveer dos (2) vacantes de la OPEC 60973 con la denominación de INSTRUCTOR, CODIGO 3010 grado 1, donde se encuentra ocupando el TERCER lugar de elegibilidad con 78.20 puntos definitivos en la convocatoria.

Realiza un análisis normativo de la Ley 909 de 2004 concluyendo que, se permite el USO de lista de elegibles con cargos no ofertados tal como lo confirmó la CNSC en auto de enero de 2020.

El SENA reportó a la CNSC, unos cargos no ofertados para que se haga el USO de lista de elegibles, sin embargo, este proceso tampoco se ha adelantado ya que siguen existiendo solicitudes de exclusión sin resolver.

El 16 de enero de 2020 La CNSC expide EL CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" donde se deja la claridad y la obligatoriedad de hacer el uso de lista de elegibles con los cargos no ofertados posteriores a la entrada en vigencia de la mencionada Ley 1960 de junio de 2019.

Que, su lista de elegibles se vence el 14 de enero de 2021, sin que se le haya dado la posibilidad de un USO de Lista de Elegibles, con lo cual se le vulneran

sus derechos fundamentales a: dignidad humana, garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del estado, igualdad, derecho de petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas vía merito, así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica.

Que, varios de los cargos ofertados y no ofertados en las convocatorias de 2008, NO fueron provistas por parte de la CNSC Y EL SENA, tratándose de un deber legal y no de una potestad por parte de las mencionadas entidades.

Actualmente se encuentra como elegible para un cargo con la Denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1, lo que le da derecho a que la nombré en un cargo similar al que se presentó. En ningún momento la CNSC Y EL SENA, le realizaron ofrecimiento ni nombramiento en periodo de prueba con los cargos ofertados y con los no ofertados dándole aplicación a la ley 909 de 2004 Y 1960 de 2019.

En agosto de 2020, presentó derecho de petición, a la CNSC, solicitando su nombramiento en periodo de prueba haciendo uso de lista de elegibles con cargos no ofertados y dando aplicación a la ley 1960 de 2019 para los cargos con similitud funcional con el que se presentó en la convocatoria 436 de 2017, siendo resuelta el 30 de septiembre de 2020.

En agosto de 2020, presentó derecho de petición al SENA solicitando su nombramiento en un cargo no ofertado con la Denominación Instructor de los cargos no ofertados y desiertos.

El SENA, da respuesta en la que le envían unos archivos en Excel, pero en ningún momento le dicen puntualmente cuales son los cargos a nivel nacional que se encuentran desiertos, y no ofertados con la denominación de INSTRUCTOR, de igual manera no respondieron las peticiones puntualmente como las había solicitado. Con lo cual se vulnera el derecho de petición y

como consiguiente y por conexidad el derecho al debido proceso, el derecho al trabajo, el derecho a acceso en cargos y funciones públicas.

Sin embargo no es difícil descubrir que el SENA, tiene bastantes cargos con la denominación de INSTRUCTOR 1, que no fueron ofertados y con los que tiene el deber legal de Hacer uso de lista de elegibles, dando aplicación a la ley 1960 de 2019, por lo que solicitó ordenar al SENA hacer uso de lista de elegibles sin tener en cuenta el criterio Unificado de enero de 2020 respecto al mismo empleo y posición geográfica, si no aplicar lo de similitud funcional y el estricto orden de mérito. En este punto es de mencionar que, como aplicó a un cargo asistencial, tiene similitud funcional con todos los cargos del Sena con la denominación INSTRUCTOR 1.

1. Peticiones

De conformidad con los hechos expuestos en el escrito de tutela solicita:

> *"PRIMERO. Que, se restablezcan los derechos fundamentales DIGNIDAD HUMANA, GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, IGUALDAD, DERECHO DE PETICION, TRABAJO, DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VIA MERITO, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA Y LOS QUE EL DESPACHO CONSIDERE PERTINENTES, VULNERADOS U AMENAZADOS, de KATTY LORENA TURIZO MORENO, mayor de edad e identificada con cédula de ciudadanía No 49.794.802 y se ordene de manera inmediata a la CNSC y al SENA realizar el nombramiento en periodo de prueba y su posesión para un empleo bien sea que haya sido ofertado o no ofertado Con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1, lo anterior En un término No superior a 48 horas, por haberse superado todas las pruebas, etapas del concurso, cumplir la totalidad de requisitos del empleo al cual se presentó y actualmente encontrarse como elegible, ya que era un deber legal por parte de la CNSC y el SENA hacer uso de lista de elegibles. Lo anterior sin tener en cuenta el Criterio unificado de enero de 2020 si no la similitud funcional.*
>
> *SEGUNDO: Ordenar a la CNSC, VERIFICAR una a una toda la planta de personal del SENA, para identificar todos los cargos con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1 con los núcleos básicos de conocimiento contemplados en la OPEC No 60973 a la cual se presentó la accionante.*

TERCERO: Ordenar a La CNSC dar respuesta de fondo al derecho de petición radicado en agosto de 2020.

ORDENAR A LA CNSC Y AL SENA rendir un informe escrito a este Despacho, con los soportes respectivos, dentro de un término igual y siguiente al concedido para el cumplimiento del presente fallo.

2. Actuación Procesal en primera instancia

La acción de tutela fue repartida y correspondió por reparto al Juzgado Cincuenta (50) Penal del Circuito de Ley 600, quien mediante providencia del cinco (5) de octubre de 2020, ordenó remitir el expediente a los Juzgados Administrativos.

Previo reparto, el Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, D.C. – Sección Segunda, el seis (6) de octubre de 2020, (i) admitió la solicitud de tutela presentada por la accionante, en nombre propio, (ii) dispuso notificar a la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- y SENA y, (iii) les concedió el término de dos (2) días contados a partir de la comunicación de la providencia para que rindieran informe sobre los hechos de la demanda y, (iv) requirió información a las entidades accionadas (Ver expediente electrónico).

3. Contestación de la demanda

3.1 Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-

El Asesor Jurídico de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- mediante oficio con radicado No. 20201400767161 del ocho (8) de octubre de 2020 manifestó que, la acción de tutela es improcedente en virtud del principio de subsidiaridad previsto en los artículos 86 inciso 3º de la Constitución Política.

Considera que, Esta acción carece de los requisitos constitucionales y legales necesarios para ser procedente, pues la inconformidad de la accionante radica en la normatividad que rige el concurso, frente a lo cual cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertir el mentado acto

administrativo, razón por la cual la tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos.

Expone que, la accionante tiene a su disposición los medios de control de nulidad, y de nulidad y restablecimiento del derecho previstos en la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), para controvertir los resultados del concurso, que es lo que motiva esta acción

Manifiesta que, en el presente caso, no sólo la accionante no demuestran la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama, sino que no existe perjuicio irremediable en relación con controvertir las normas que rigen el concurso de méritos, porque para ello bien puede acudir a los mecanismos previstos en la ley.

De conformidad con lo previsto en los artículos 52 y 53 numeral 1. º de la Ley 4 de 1913, la ley solo rige para las situaciones de hecho ocurridas con posterioridad a la fecha de su promulgación, entendiendo por esta, su inserción en el Diario Oficial.

Bajo ese entendido, se tiene que el artículo 7 de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, dispone que esta «rige a partir de su publicación», lo cual ocurrió el 27 de junio de 2019, como consta en el Diario Oficial No. 50.997, por lo que solo puede regir hacia futuro, es decir, a procesos de selección o concursos que inicien con posterioridad a la referida fecha.

En el presente caso no resulta procedente el uso de listas solicitado por el accionante, para la conformación de nuevas vacantes, pues con ellos se le estaría dado aplicación a la Ley 1960 de 2019 de manera retrospectiva, toda vez que la Convocatoria Nro. 436 de 2017 - SENA, inició con la expedición del Acuerdo No. 20182120149475 del 17 de octubre de 2018, es decir con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley, encontrándose en consecuencia bajo su amparo o efecto.

En aras de dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 modificado por la Ley 1960 de 2019, la CNSC, debió dar instrucciones precisas frente a su aplicabilidad en los procesos de selección a desarrollarse a partir de entrada en vigencia la Ley 1960 de 2019, es así, que, frente al uso de las listas de elegibles, el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, dispuso en primera medida aclarar las inquietudes que se suscitaron frente cual era el régimen aplicable.

En consecuencia, es claro, que la nueva disposición (Ley 1960 de 2019), aplica a los procesos de selección aprobados por la Sala Plena de Comisionados de la CNSC, con posterioridad a su entrada en vigencia, extensible también al uso de sus listas de elegibles, por lo que no es procedente aplicar la retrospectividad de la Ley 1960 de 2019 al caso bajo estudio, en atención a que dicho fenómeno solo procede «frente a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa», situación que no se presenta en este asunto.

Pues las etapas del concurso de méritos ya se encuentran agotadas, Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO se comprobó que en el marco del proceso de selección 436 de 2016 – SENA, el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, se ofertaron dos (2) vacantes para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 60973 Denominado Instructor, Código 3010, Grado 1, agotadas las fases del concurso mediante Resolución No. CNSC – 20182120190735 del 24 de diciembre de 2018 se conformó Lista de Elegibles para proveer la vacante ofertada, lista que se encuentra vigente hasta el 14 de enero de 2021.

Teniéndose como mismo empleo, aquel con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que se desarrollaron todas las etapas del proceso de selección, en consonancia con lo anterior y en pro de

establecer un lineamiento que permita a las entidades dar aplicación al aludido criterio la comisión nacional del servicio civil emitió Circular Externa Nro. 0001 de 2020 en la cual se fijó el procedimiento para el reporte de las vacantes que serán provistas con listas vigentes de mismos empleos en virtud del criterio unificado de uso de listas en el contexto de la ley 1960.

Una vez conformadas las listas de elegibles para proveer por mérito las vacantes definitivas de los empleos objeto de concurso se genera para quienes las integran dos situaciones: i) para quien se encuentre en orden de elegibilidad de acuerdo al número de vacantes a proveer, se configura el derecho a ser nombrado en período de prueba en el empleo aspirado; y II) para quienes no ocuparon una posición meritoria dentro de la lista de elegibles, surge la expectativa de ser nombrado ante la generación de nuevas vacantes, lo anterior, haciendo uso de la lista en el orden de mérito subsiguiente, durante los dos (2) años de vigencia.

En este sentido, cabe resaltar que los participantes en los concursos de méritos no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, toda vez que sólo son titulares de una expectativa que únicamente se materializa cuando cumplen todos los requisitos legales y superan todas la etapas del proceso de selección, ya que es su posición meritoria en una lista de elegibles la que le otorga a quien ocupa el primer lugar, el derecho a ser nombrado en el empleo para el cual concursó.

Señala que el uso de listas resulta procedente en dos situaciones: I) La primera cuando un elegible que ha ocupado una posición meritoria encontrándose en el intervalo del nombramiento en período de prueba y la posesión da lugar a que la entidad nominadora expida acto administrativo de derogatoria o revocatoria del acto administrativo de nombramiento, o cuando una vez efectuada la posesión del elegible y previo a culminar el periodo de prueba se configura una de las causales de retiro dispuestas por la Ley. Caso en el cual procede el uso de listas de elegibles sin cobro, durante la vigencia de esta según lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de

2004, previa solicitud de autorización elevada ante la CNSC, lo anterior, de conformidad con el artículo 2.2.5.1.12, 2.2.5.1.13 y 2.2.11.1.1 del Decreto 1083 de 2015.

II) La segunda ocurre cuando un elegible que ha ocupado una posición meritoria encontrándose posesionado y superado el período de prueba, se configura una de las causales del retiro del servicio aplicables de conformidad con el artículo 2.2.11.1.1 del Decreto 1083 de 201511 o cuando se generan nuevas vacantes del "mismo empleo", durante la vigencia de las listas de elegibles. En este evento, procede el uso de la lista con cobro, de conformidad con lo determinado en el inciso 4° del artículo 30 de la Ley 909 de 2004, donde establece que las entidades que utilicen las listas de elegibles conformadas con los resultados de los concursos adelantados por esta Comisión deberán sufragar los costos determinados, para lo cual se expidió la Resolución No. 0552 del 21 de marzo de 2014, donde se estableció la tarifa para el uso de las listas de elegibles para las entidades pertenecientes al sistema general de carrera administrativa, la cual asciende a la suma de un salario mínimo legal mensual vigente para entidades del orden nacional y medio salario mínimo legal mensual vigente para entidades del orden territorial, por cada vacante a ser provista.

3.2 Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-

La Directora (E) de la Regional Cundinamarca del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- mediante escrito con radicado No. 25-2-2020-020899 del ocho (8) de octubre de 2020 manifestó que, como resultado de la convocatoria a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, No. 436 de 2017, la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, por medio de la Resolución No CNSC 201821201907735 del 24/10/2018 conformó la lista de elegibles para proveer dos (02) vacantes del empleo de carrera administrativa identificado con el código OPEC 60973 denominado Instructor Código 3010

Grado 1, encontrándose la accionante en el tercer lugar de la lista de elegibles.

De conformidad con la Ley 909 de 2004, la lista de elegibles tendría una vigencia de dos (2) años, contados a partir de la fecha de su firmeza, conforme lo establecido en el artículo 58 del Acuerdo No 20171000000116 de 2017, en concordancia con lo estipulado por el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, por lo que en el evento en que las personas que ocuparon los primeros lugares, no superaren el periodo de prueba o renuncien, se nombrará en los cargos el elegible en estricto orden de mérito de manera descendente.

De conformidad con el parágrafo primero del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, la lista de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, durante su vigencia, solo pueden 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.

La CNSC, expidió el 1 de agosto de 2019, un “CRITERIO UNIFICADO” en relación con la aplicación de la lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, explicando que esta ley solo es aplicable a los nuevos concursos de méritos que se adelante, por lo que no afectaría la convocatoria 436 de 2017.

De acuerdo con lo anterior, las listas de elegibles solo serán usadas en caso que se presente alguna vacante definitiva en el empleo inicialmente convocado, con ocasión a la generación de las causales de retiro del servicio establecidas en la Ley, siempre y cuando las mismas se encuentren vigentes, previa autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, motivo por el cual, en caso que el accionante continúe en orden de mérito para ser nombrado en la OPEC 60973 será oportunamente informado, comoquiera

que el elegible que ocupó el primer lugar de mérito en la lista de elegibles respectiva, fue nombrado y posesionado.

Señala que, jurisprudencialmente se ha reconocido que el derecho al trabajo contiene tres ámbitos. Primero, el de la libertad de escoger profesión u oficio. Segundo, el de la posibilidad de prestar el servicio contenido en la actividad laboral en condiciones no discriminatorias. Por último, el de que su ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el cual se pueden solicitar las medidas cautelares previas, resaltando, que esta última circunstancia no existía al momento de proferirse el fallo, por cuanto no se encontraba en vigencia la Ley 1437 de 2011.

En el presente asunto no concurren los elementos del derecho al debido proceso protegidos en concursos de méritos que den cuenta de una amenaza cierta y probable En el asunto concreto, el accionante, se presentó a la convocatoria 436 de 2017, adelantada por la CNSC, en la cual, de las múltiples alternativas existentes, seleccionó y se inscribió para concursar en la OPEC No 60973, denominado instructor Código 3010, en la cual existía dos (2) vacantes.

La accionante, pese a que invoca la procedencia de la tutela con la finalidad de evitar un perjuicio irremediable, no solicito una protección transitoria, ni probó o se esforzó por aportar algún material probatorio para demostrar que en este caso hay algún perjuicio irremediable que se deba tutelar.

La accionante pretende que se modifique el procedimiento establecido por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, en la Convocatoria 436 de 2017, para proveer definitivamente los empleos vacantes del personal perteneciente al sistema general de carrera administrativa del SENA, en la cual todas las personas interesadas en participar y que cumplieran con los requisitos de los empleos reportados, podían comprar los derechos de participar y posteriormente inscribirse a través del aplicativo SIMO, dispuesto por la Entidad en mención, en la cual se establecieron las reglas del concurso

para proveer definitivamente los empleos vacantes del personal perteneciente al sistema general de carrera administrativa del SENA. Para tal fin, solicita e interpreta la forma en que se debe aplicar el Acuerdo 562 de 2016 expedido por la CNSC, situación que en ningún momento esboza un perjuicio irremediable a la accionante.

4. La Sentencia Impugnada.

En sentencia de fecha veinte (20) de octubre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. - Sección Segunda - resolvió: (i) TUTELAR los derechos fundamentales invocados por la accionante, (ii) ORDENÓ al Subdirector del Centro Industrial y de Desarrollo Empresarial del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA Roberto Prieto Ladillo - que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, nombre a la persona que ocupó el segundo lugar en la lista de elegibles No. 201821201907735 del 24/10/2018, convocatoria 436 de 2017 –SENA.

(iii) ORDENÓ a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, dentro de los diez cinco (5) días siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, en el territorio nacional, respecto de los empleos relacionados en la OPEC 60973, para la cual concursó la accionante.

(iv) Cumplido lo anterior y, de ser procedente, en el término de cinco (5) días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA deberán efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia a los empleos relacionados con la OPEC 60973.

(v) Vencido el término anterior y previo estudio del cumplimiento de los requisitos mínimos, dentro de los cinco (5) días siguientes la Comisión

Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA deberán efectuar el nombramiento, en período de prueba, de quienes tienen el mejor derecho en los cargos vacantes no convocados al cual optaron, respetando, en todo caso, el orden de elegibilidad de la lista que se conforme para tal efecto.

(vi) En el evento que a la accionante le asista derecho preferencial a ser nombrada en periodo de prueba en la OPEC 60973 o en el empleo de su equivalencia de acuerdo con el estudio adelantado para tal fin, se ORDENA suspender los efectos de la prescripción de las listas de elegibles relacionadas, hasta el cumplimiento a cabalidad de la presente orden y,

(vii) Advirtió a la actora que el amparo no implica per se el nombramiento en periodo de prueba en el cargo al cual aspira, pues dependerá finalmente del estudio que adelantará el SENA de equivalencias en denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito y funciones, frente a la OPEC 60973 a la cual concursó y las que se ofertan como definitivas.

5. Impugnación

5.1 Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-

La Directora (E) del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, impugnó la sentencia de primera instancia indicando que, tal como se presentó en el informe inicial como resultado de la convocatoria a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, No. 436 de 2017, la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, por medio de la Resolución No CNSC 201821201907735 del 24/10/2018 conformó la lista de elegibles para proveer dos (02) vacantes del empleo de carrera administrativa identificado con el código OPEC 60973 denominado Instructor Código 3010 Grado 1, para lo cual fueron posesionado los puestos uno y dos de acuerdo a la lista de

elegibles, encontrándose la accionante en el tercer lugar de la lista de elegibles.

De lo anterior, debe precisarse que la entidad de acuerdo a la lista de elegible de la OPEC 60973, si realizó el nombramiento, por lo que la entidad no ha vulnerado el debido proceso administrativo y su derecho al acceso a cargos públicos, y en la actualidad se encuentran provistos.

Antes de la modificación de la Ley 1960 de 2019 los procesos de selección se estructuraban bajo un inamovible, esto es, que los concursos a los empleos públicos de carrera administrativa serían abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño. Principio que sufrió una modificación sustancial en su objetivo y estructura; en su objetivo, como quiera que deben garantizar la movilidad a un cargo superior dentro de la planta de personal de la misma entidad, mismo sector administrativo o dentro del cuadro funcional para el empleo; y en su estructura en cuanto determinó un porcentaje de empleos dirigidos de manera exclusiva a funcionarios de carrera y otro que estaría dirigido a todos aquellos que acrediten los requisitos para el cargo y que las listas de elegibles serían utilizadas para proveer vacantes equivalentes en la misma entidad (artículo 2 de la Ley 1960 de 2019).

Ahora bien, bajo la vigencia de la Ley 909 y sus decretos reglamentarios las listas de elegibles eran producto de un concurso abierto y, desde el Decreto 1894 de 2012, sólo podrían ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generaran en los mismos empleos inicialmente provistos.

Regla que hacía parte del proceso de selección, el cual sigue gobernado por las leyes que le corresponden salvo que en el acuerdo se hubiere dispuesto algo distinto. Por el contrario, la nueva estructura normativa prevista en la ley que nos ocupa como en la que promulgó el plan nacional de desarrollo hizo sustanciales modificaciones a los procesos de selección, variaciones estas

que aplicarán para futuros procesos de selección y no para los que finalizaron o se encuentran en curso. Sobre este punto es necesario indicar que la lista de elegible hace parte del proceso de selección que culmina con la provisión en carrera administrativa luego de agotar el período de prueba.

De manera particular las listas de elegibles bajo la anterior estructura tenían vigencia general de dos (2) años y se usaban para proveer las vacantes ofertadas. Así las cosas, las listas de elegibles en firme con anterioridad a la vigencia de la Ley 1960 de 2019 así como aquellas listas que se expiden como consecuencia de una convocatoria aprobada con anterioridad a la vigencia de la ley mencionada, siguen las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y de las establecidas en los acuerdos de convocatoria.

De otra parte, como quiera que las listas sólo se utilizaban para el empleo ofertado cada proceso de selección establece los criterios y metodologías específicos para la evaluación de requisitos mínimos, formación, experiencia, conocimientos básicos, competencias comportamentales y/o entrevista. Al mismo tiempo, se definen los porcentajes asignados a cada uno de los componentes de evaluación previamente establecidos, y cada operador se rige por estos términos de la convocatoria para generar las listas de elegibles.

En este caso, aunque producto de la calificación de diferentes OPEC se obtengan puntajes similares, estos no son comparables entre sí porque las características referidas a cada grupo tienen sentido únicamente para ese grupo de referencia.

En virtud de lo establecido en la jurisprudencia en cita y teniendo en cuenta que el proceso de selección está conformado por diferentes actos administrativos de carácter complejo que inicia con la convocatoria al concurso y termina con la evaluación en periodo de prueba, deberá agotarse el procedimiento conforme a la norma previamente establecida en el acuerdo

de convocatoria, lo anterior con el fin de generar seguridad jurídica frente a las reglas del proceso de selección.

Señaló que las listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la Ley 1960, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria. De otra parte, los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la Ley 1960, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas las reglas previstas para las listas de elegibles.

De conformidad con la Ley 909 de 2004, la lista de elegibles tendría una vigencia de dos (2) años, contados a partir de la fecha de su firmeza, conforme lo establecido en el artículo 58 del Acuerdo No 20171000000116 de 2017, en concordancia con lo estipulado por el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, por lo que al solicitar la suspensión de la prescripción de la lista de elegibles, está en contravía de lo regulado por una ley de la república y estaría implicando una norma, dejando a un lado la presunción de legalidad de la misma, invadiendo con ello competencias del legislador, por lo que estaríamos frente a una extralimitación de funciones.

Así mismo si lo que pretende es el cumplimiento de una ley, como también lo hace ver en su escrito de tutela en lo referente a la Ley 1960 de 2019, el accionante tiene otro mecanismo de defensa a través de una acción de cumplimiento si no se encuentra de acuerdo con los lineamientos de la CNSC como lo ha dispuesto en la jurisprudencia constitucional.

5.2 Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-

El Asesor Jurídico de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- mediante memorial con radicado No. 20201401137492 del veintitrés (23) de octubre de 2020, impugnó el fallo de primera instancia argumentando que, el fallo impugnado es absolutamente peligroso para los principios

constitucionales de igualdad, legalidad y acceso a cargos públicos por mérito, a tal punto que la tesis del a quo desquicia el sistema e implicaría tanto como erigir la tutela en una causal para acceder al servicio público sin méritos.

Considera que el fallo desconoce el principio de subsidiariedad de la acción de tutela consagrado en los artículos 86 de la Constitución Política y 6 numeral 1º del Decreto 2591 de 1991; Desde este primer argumento, el fallo impugnado incurre en el error de suponer, sin estar probado, que la accionante tiene derecho a acceder a un cargo público por mérito, cuando precisamente se trata de lo contrario: la parte actora busca eludir que no logró posición de mérito para ser nombrada por vía de tutela. Entonces, de entrada, esta acción es improcedente y el fallo impugnado erró al considerar lo contrario.

Sumado al hecho que el accionante conoce las condiciones del concurso de méritos desde el año 2016, y tiene pleno conocimiento de su estado dentro de la lista de elegibles desde diciembre de 2018 y solo hasta ahora, cuando esta próxima a vencer la vigencia de la lista argumenta una supuesta vulneración que erradamente concede el a quo, violentando el principio de inmediatez.

Desde el punto de vista lógico, es una petición de principio o argumento circular, pues dice que supuestamente se violó el derecho al debido proceso pero no dice por qué, ni en qué consistió la vulneración. En este caso acontece todo lo contrario, quien pretende desconocer el debido proceso del concurso de méritos es la parte actora.

El fallo impugnado resulta violatorio del numeral 4º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, vigente para cuando se realizó el concurso, que establecía que con las listas de elegibles “en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso”, no otras.

Bajo este marco normativo, se tiene que las listas de elegibles conformadas para los empleos de carrera administrativa, una vez ha culminado un proceso de selección, pueden usarse para proveer aquellas vacantes que se generen en los empleos convocados, posibilidad que se mantiene por el tiempo de su vigencia (2 años), situación en la que se encuentran las listas de elegibles conformadas para los empleos que hicieron parte de la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA. Se precisa que las listas de elegibles se conforman por empleo, por ello, una vez culmina el proceso de selección y se realizan los nombramientos en período de prueba, no es jurídicamente posible reagrupar o integrar listas generales que incluyan a los elegibles que en su oportunidad no alcanzaron el orden de elegibilidad necesario para acceder a una de las vacantes ofertadas.

Argumentó que, la decisión impugnada le da aplicación a la Ley 1960 de 2019 de manera retrospectiva, desconociendo que la Convocatoria Nro. 436 de 2017 - SENA, inició con la expedición del Acuerdo No. 20182120149475 del 17 de octubre de 2018, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley, encontrándose en consecuencia bajo su amparo o efecto.

La aplicación “retrospectiva” de la Ley 1960 de 2019, no es posible como quiera que ello contraviene lo dispuesto en los artículos 52 y 53 de la Ley 4 de 1913, normas que claramente establecen que la Ley sólo rige para las situaciones de hecho ocurridas con posterioridad a la fecha de su promulgación, entendiendo por esta, su inserción en el Diario Oficial. Bajo ese entendido, se tiene que el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019 dispone que esta *“rige a partir de su publicación”*, lo cual ocurrió el 27 de junio de 2019, como consta en el Diario Oficial No. 50.997, por lo que solo puede regir hacia futuro, es decir, a procesos de selección o concursos que inicien con posterioridad a la referida fecha.

Así las cosas, como no se indicó en el texto de la Ley 1960 de 2019, que la misma era retroactiva o retrospectiva, esta sólo se puede aplicar a procesos de selección iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia (27 de junio

de 2019). Si el legislador hubiese querido darle un efecto diferente así habría procedido, pero no corresponde al Juez de tutela sustituir al legislador, y menos sin siquiera cumplir la carga de argumentación suficiente de una excepción de inconstitucionalidad.

Es claro que no es procedente aplicar la retrospectividad de la Ley 1960 de 2019 al caso bajo estudio, en atención a que dicho fenómeno solo procede "frente a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa", situación que no se da en el sub júdice, ya que nos encontramos frente a un hecho rotundamente consolidado, pues las etapas de la Convocatoria No. 436 de 2017 – SENA ya se encuentran agotadas.

Ante lo expuesto, se tiene que las listas de elegibles derivadas de la Convocatoria 436 de 2017, la cual fue aprobada antes de entrar en vigencia de la ley 1960 de 2019, solo pueden ser utilizadas para proveer vacantes de los empleos ofertados en el mencionado proceso de selección, o para cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos".

De otra parte, frente a la forma como se van "agotando" las listas de elegibles y las situaciones administrativas que pueden ocasionar la generación de vacantes definitivas, las causales de retiro del servicio están definidas en los artículos 41 y 42 de la Ley 909 de 2004, circunstancias que pueden conllevar, previa solicitud de la entidad, el uso de una lista de elegibles vigente, siempre que se enmarque en lo normado en el parágrafo 1° del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

En la rama judicial del poder público, quien concursa para Juez Civil Municipal no puede pretender, de buenas a primeras, que como no alcanzó posición de mérito para ser nombrado sea tenido en cuenta en las listas para Juez Laboral, de Familia, etc., riñe contra la lógica el fallo impugnado.

En este orden de ideas, dado que la CNSC conformó lista de elegibles para el empleo identificado con el código OPEC No. No. 60973, mediante la Resolución No. 20182120190735 del 24 de diciembre de 2018, acto administrativo que fue publicado el día 04 de enero de 2019 y que adquirió firmeza el 15 de enero del mismo año, nos encontramos ante una situación fáctica y jurídica que no es susceptible de modificaciones por el tránsito de normatividad, pues queda claro que el aspirante concursó para la provisión de dos (2) vacantes, hoy provista por los aspirantes que ocuparon las posiciones meritorias en la lista de elegibles, y con derechos de carrera administrativa consolidados.

las instrucciones comprendidas en la Circular No. Circular Conjunta No. 20191000000117 de 29 de Julio do 2019 y el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, se expidieron, no sólo en el marco de competencias asignado por la Constitución y la Ley a la CNSC, sino también con el fin de garantizar la correcta aplicación de la normatividad de carrera en los procesos de selección iniciados con antelación a la promulgación de la Ley 1960 de 2019 y aquellos que iban a ser adelantados con posterioridad a la misma, es así, que, frente al uso de las listas de elegibles, el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020,

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

En desarrollo del artículo 86 de la Carta Política, del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991[1], esta Corporación es competente para resolver la acción de amparo que ha sido incoada por la señora Katty Lorena Turizo Moreno.

---

[1] Decreto 2591 de 1991, ***ARTICULO 32.-****Trámite de la impugnación. Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente.*
El juez que conozca de la impugnación, estudiará el contenido de la misma, cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo. El juez, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar informes y ordenar la práctica de pruebas y proferirá el fallo dentro de 20 días siguientes a la recepción del expediente. Si a su juicio, el fallo carece de fundamento, procederá a revocarlo, lo cual comunicará de inmediato. Si encuentra el fallo ajustado a derecho, lo confirmará. En ambos casos, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del fallo de segunda instancia, el juez remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para su (eventual) revisión.*

2. Finalidad de la Acción de Tutela.

Según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, disposiciones éstas que regulan la acción de tutela, tal mecanismo se ejerce mediante un procedimiento preferente y sumario, cuyo objeto es proteger de manera inmediata y eficaz, los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados por una acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, pero, que no puede ser utilizado válidamente para pretender sustituir recursos ordinarios o extraordinarios, tampoco para desplazar o variar los procedimientos de reclamo judicial preestablecidos, ni para revivir con ella términos precluidos o acciones caducadas.

Esta acción tiene carácter subsidiario y residual ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, cuando no exista otro medio idóneo para su protección, o cuando existiendo otros medios de defensa judicial, se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[2].

La jurisprudencia constitucional ha resaltado que la tutela no sustituye otros mecanismos ordinarios de defensa, toda vez que se trata de una medida excepcional, que solo procede ante las deficiencias de los medios de defensa judiciales, sin desplazarlos o sustituirlos. La H. Corte Constitucional afirma que es un instrumento demócratico que tienen los ciudadanos para proteger sus derechos constitucionales, del que no puede abusarse cuando existan otros mecanismo judiciales[2.-]

3. Derecho fundamental de petición

De conformidad con el artículo 23 de la Constitución, *"toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución".* En desarrollo de esta prerrogativa, la Ley 1755 de 2015 *"por medio de la cual se regula el*

---

[2] Corte Constitucional, Sentencias C-1225 de 2004; T- 698 de 2004, SU-1070 de 2003; T-827 de 2003; SU – 544 de 2001; T–1670 de 2000, entre otras.
[2] Sentencia T-161 de 2005.

Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", en su artículo 1°, sustituyendo el artículo 13 de la Ley 1437 de 2011, reguló el objeto y modalidades del derecho de petición así:

> *"Objeto y modalidades del derecho de petición ante autoridades. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma.*
>
> *Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar: el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos" (subrayado y negrilla fuera del texto).*

La H. Corte Constitucional en lo relacionado al derecho fundamental de petición precisó lo siguiente:

> *"La Constitución Política en su artículo 23, consagra el derecho fundamental de toda persona a presentar peticiones respetuosas en interés general o particular ante las autoridades y a obtener de ellas pronta resolución de fondo.*
>
> *La Corte Constitucional se ha referido en distintas oportunidades a la importancia de esta garantía fundamental, cuya efectividad, según se ha reconocido, "resulta indispensable para el logro de los fines esenciales del Estado, particularmente el servicio de la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y la participación de todos en las decisiones que los afectan, así como para asegurar que las autoridades cumplan las funciones para las cuales han sido instituidas (artículo 2o. Constitución Política)".*
>
> *A partir de esta garantía la jurisprudencia ha fijado una serie de reglas y de parámetros relacionados con el alcance, núcleo esencial y contenido de este derecho. Al respecto ha precisado lo siguiente:*
>
> *"a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.*

b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: ***1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario****. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.*

d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.

e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine.

f) La Corte ha considerado que cuando el derecho de petición se formula ante particulares, es necesario separar tres situaciones: 1. Cuando el particular presta un servicio público o cuando realiza funciones de autoridad. El derecho de petición opera igual como si se dirigiera contra la administración. 2. Cuando el derecho de petición se constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede protegerse de manera inmediata. 3. Pero, si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad, este será un derecho fundamental solamente cuando el Legislador lo reglamente.

g) . En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6º del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordena responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes.

h) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición.

i) El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 dela Carta. Sentencias T-294 de 1997 y T-457 de 1994."

Posteriormente, esta Corporación añadió dos reglas adicionales: (i) que la falta de competencia de la entidad ante quien se plantea no exonera a la entidad del deber de responder; y (ii) que la respuesta que se profiera debe ser notificada al interesado.

> *Por lo anterior, la efectividad del derecho fundamental de petición se deriva de una respuesta pronta, clara y completa por parte de la entidad a la que va dirigida. La falta de alguna de estas características se materializa en la vulneración de esta garantía constitucional"*[3] *(subrayado fuera del texto).*

A su turno, el H. Consejo de Estado sobre los componentes que integran el núcleo esencial del derecho fundamental de petición dijo:

> *"El derecho fundamental de petición, consagrado en el Art. 23 de la Constitución Política, tal como lo ha concebido la doctrina es "[...] un derecho que -antes que otra función- facilita la expresión de las personas en su relación con un determinado poder constituido" y, particularmente en su relación con el Estado de Derecho, es "[...] una de esas formas de vinculación entre el poder público y los particulares, para que estos ejerzan control y fiscalización sobre el Estado".*[4]

El derecho de petición presenta un núcleo esencial complejo, ampliamente desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia constitucional. Este se integra por la facultad (i) que tiene una persona de presentar peticiones respetuosas, en interés general o particular, ante las autoridades y también ante organizaciones privadas, previa reglamentación del legislador y los deberes correlativos del sujeto pasivo de (ii) recibir la petición (iii) otorgar una "respuesta material", (v) dentro del plazo dispuesto legalmente, y (vi) notificarla en debida forma.

3.1 De la aplicación de la Ley 1960 de 2019.

En cuanto a la aplicación de la Ley 1960 de 2019, la H. Corte Constitucional en sentencia T-340 de 2020 M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez, sostuvo:

> *"3.6.1. El 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019, "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones". En ella se alteraron figuras como el encargo, se dispuso la profesionalización del servicio público, se reguló la movilidad horizontal en el servicio público y, en particular, respecto de los concursos de méritos, se hicieron dos cambios a la Ley 909 de 2004. El primero de ellos consistió en la creación de los concursos de ascenso, para permitir la movilidad a cargos superiores de funcionarios de carrera dentro de la entidad, así,*

---

[3] ***ROJAS RÍOS, Alberto (M.P.) (Dr.). H. Corte Constitucional. Sentencia T-332/15. Referencia: expediente T- 4.778.886.***
[4] **Sentencia nº 25000-23-42-000-2014-03747-01(AC) de Consejo de Estado - Sección Cuarta, de 11 de Febrero de 2015. C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez**

en la referida ley, se establecieron unas reglas puntuales para la procedencia de estos concursos y se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los seis meses siguientes contados a partir de su expedición, debía determinar el procedimiento para que las entidades y organismos reportaran la OPEC, para viabilizar el referido concurso.

El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, como se mencionó con anterioridad, con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas "vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad". Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación.

Como se aprecia, el cambio incluido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, comporta una variación en las reglas de los concursos de méritos, particularmente en relación con la utilización de las listas de elegibles. Así, la normativa anterior y la jurisprudencia de esta Corporación sobre el tema, partían de la premisa de que la norma establecía que las listas de elegibles únicamente podrían usarse para los cargos convocados y no otros, a pesar de que con posterioridad a la convocatoria se generaran nuevas vacantes definitivas. Con ocasión de la referida modificación, esta Sala deberá definir la aplicación en el tiempo de dicha norma, comoquiera que, su uso, en el caso concreto, prima facie, proveería un resultado distinto de aquel que podía darse antes de su expedición, no solo debido al cambio normativo, sino también a la consecuente inaplicabilidad del precedente señalado de la Corte respecto del uso de la lista de elegibles, ya que la normativa en la cual se insertaron esos pronunciamientos varió sustancialmente.

3.6.2. Previo a realizar este análisis, es preciso recordar que en otras ocasiones el legislador ha establecido, para casos concretos, que las listas de elegibles deben ser usadas para proveer los cargos convocados, así como aquellas vacantes de grado igual, correspondientes a la misma denominación. Este es el caso de la Ley 201 de 1995, que, para el caso de la Defensoría del Pueblo, estableció la aplicabilidad de dicha regla. Esta ley fue demandada en ejercicio de la acción pública de constitucionalidad y en la Sentencia C-319 de 2010 se decidió su exequibilidad. Uno de los argumentos que explican la validez de la referida norma es que con ella se logran los principios de la función pública, particularmente los de economía, eficiencia y eficacia, en tanto permite hacer más eficiente el uso del talento humano y de los recursos públicos, ambos escasos para el caso de la Defensoría del Pueblo. Es innegable que la obligación de uso de listas de elegibles vigentes para proveer cargos de igual denominación pero no convocados, en el contexto expuesto, busca garantizar el mérito como criterio exclusivo de acceso a cargos públicos, ya que únicamente se podrá nombrar en las vacantes a las personas que hayan superado todas las etapas de la convocatoria y, además, sean los siguientes en orden de la lista, después de haberse nombrado a las personas que ocuparon los primeros lugares para

proveer los cargos ofertados. Adicionalmente, ello permite un uso eficiente de los recursos públicos y del recurso humano, con lo cual se garantiza la plena vigencia los principios que rigen la función administrativa.

3.6.3. Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma, por lo que se deberá definir si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley.

El primero de estos fenómenos, esto es, la retroactividad, se configura cuando la norma expresamente permite su aplicación a situaciones de hecho ya consolidadas. Por regla general está prohibido que una ley regule situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, en respeto de los principios de seguridad jurídica y buena fe, así como del derecho de propiedad.

Por otro lado, el fenómeno de la ultractividad consiste en que una norma sigue produciendo efectos jurídicos después de su derogatoria, es decir "se emplea la regla anterior para la protección de derechos adquiridos y expectativas legítimas de quienes desempeñaron ciertas conductas durante la vigencia de la norma derogada, no obstante existir una nueva que debería regir las situaciones que se configuren durante su período de eficacia por el principio de aplicación inmediata anteriormente expuesto".

Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso sub-judice. El último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la ***retrospectividad****, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, "pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva". Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia.*

Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de

aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.

Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles "se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer". Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen ***un derecho subjetivo*** *y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.*

Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso.

Por último, se aclara que en este caso no se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto de los potenciales aspirantes que podrían presentarse a los concursos públicos de méritos para acceder a los cargos que ahora serán provistos con las listas de elegibles vigentes en aplicación de la nueva ley. En efecto, tanto la situación de quienes tienen derechos adquiridos como de quienes aún no han consolidado derecho alguno, están reservadas para las personas que conformaron las listas de elegibles vigentes al momento de expedición de la ley, de manera que el resto de la sociedad está sujeta a los cambios que pueda introducir la ley en cualquier tiempo, por cuanto, en esas personas indeterminadas no existe una situación jurídica consolidada ni en curso.

3.6.4. Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente

sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que "las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, ***deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad*** *y que correspondan a los* ***"mismos empleos",*** *entiéndase con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.".*

3.6.5. En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente."

De conformidad con la jurisprudencia constitucional antes mencionada se tiene que, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de al Ley 1960 de 2019 respecto al uso de las listas de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que en el caso de las personas que ocupan un lugar en la lista de elegibles, pero no fueron nombrados por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es aplicable la Ley 1960 de 2019 siempre y cuando cumpla con los supuestos habilitantes del nombramiento y que la lista esté todavía vigente.

4. Problema jurídico

Debe resolver la Sala, conforme a la impugnación presentada por el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- y la Comisión Nacional del Servicio Civil -

CNSC-, si debe confirmarse o revocarse la sentencia objeto de esta providencia.

5. Caso concreto

En el presente caso, el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA- y la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-, presentaron impugnación contra la sentencia proferida el veinte (20) de octubre de dos mil veinte (2020), por el Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. – Sección Segunda, acción que busca el amparo de los derechos fundamentales a la dignidad humana, garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del estado, igualdad, derecho de petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas vía merito, así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica invocados por la accionante.

De la revisión del expediente observa la Sala que, la accionante se presentó se presentó a la convocatoria 436 de 2017 -SENA- OPEC 60973 en el empleo denominado Instructor, Código 3010, Grado 01, cumpliendo con las etapas del proceso y quedando en el puesto número tres (3) de la lista de elegibles, tal como se logra observa en la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 201821200190735 del veinticuatro (24) de diciembre de 2018, que tal como lo mencionó la CNSC, tenía vigencia hasta el catorce (14) de enero de 2021.

El artículo 6º de la Ley 1960 de 2019 *"Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones"*, señala:

> ***"ARTÍCULO 6.*** *El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:*
>
> *"**ARTÍCULO 31.** El proceso de selección comprende:*
>
> *1. (…)*
>
> *2 (…)*

3 (…)

4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso ***y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad****."* (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

De conformidad con la norma antes mencionada se tiene que, las listas de elegibles tendrán una vigencia de dos (2) años y con estas, en estricto orden de méritos se cubrirán: (i) las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y, (ii) las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad.

Si bien la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- en sus escritos de contestación e impugnación manifestó que, no se podía dar aplicación a la mencionada Ley toda vez que el artículo 7º determinaba que la misma entraba a regir a partir de su publicación y sus efectos eran hacia el futuro, también lo es, que la H. Corte Constitucional en sentencia reciente y caso similar al que nos ocupa se pronunció al respectó, así:

"3.6.5. En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.""[5]

De conformidad con lo anterior se tiene que, es posible dar aplicación a la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre y cuando se den los presupuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una

[5] H. Corte Constitucional, M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez, T-340 de 2020.

lista de elegibles y que esta todavía se encuentre vigente, situación que en este caso se presenta, toda vez que al momento de presentación de la acción de tutela, la lista de elegibles se encontraba vigente.

Este sentido de interpretación de la ley es consistente con la trascendencia que tiene el principio del mérito en la Constitución de 1991, con el carácter de eje definitorio de la identidad de la Constitución que tiene el sistema de carrera administrativa[6] y con la circunstancia de que la aplicación del artículo 6, numeral 4, de la Ley 1960 de 2019, desarrolla esa misma protección constitucional y legal al mérito, posición que ha sido adoptada por esta Corporación en situaciones similares[7].

En este orden de ideas, la Sala considera que tal como lo ha indicado la H. Corte Constitucional en casos análogos, a la señora Katty Lorena Turizo Moreno le es aplicable la Ley la Ley 1960 de 2019 y por tal motivo, se le están vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a cargos públicos, al no darle aplicación a la precitada Ley, en consecuencia, la Sala confirmará la sentencia de fecha veinte (20) de octubre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Catorce (14) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. – Sección Segunda.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN "A"**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFÍRMASE el fallo de fecha veinte (20) de octubre de dos mil veinte (2020), proferido por el Juzgado Catorce (14) Administrativo

---

[6] Así ha sostenido la H. Corte Constitucional en la sentencia C-599 de 2009, mediante la cual declaró inexequible el Acto Legislativo No. 1 de 2008, por medio del cual se reformó el artículo 125 de la Constitución para establecer un procedimiento de inscripción extraordinaria en carrera, de aquellas personas que se encontraban desempeñando en provisionalidad sus empleos.

[7] Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección "A", M.P. Dr. Luis Manuel Lasso Lozano, Radicado: 11001-3342-056-2019-00452-01, Dte: Fredy Orlando Montealegre Martínez, Ddo: Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-

del Circuito Judicial de Bogotá D.C. – Sección Segunda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

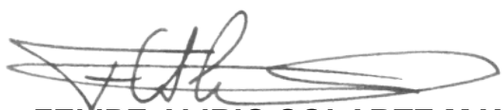
SEGUNDO: Una vez notificada a las partes, por intermedio de la Secretaría **ENVÍESE** el expediente a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de la fecha.

CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Magistrada

LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado



FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "C"

MAGISTRADO PONENTE. Dr. SAMUEL JOSÉ RAMÍREZ POVEDA.

Bogotá D.C., primero (1°) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

IMPUGNACIÓN TUTELA:	11001-33-37-039-2020-00255-01
ACTOR:	MANUEL ERNESTO RUBIANO CEPEDA
ACCIONADA:	COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

Se decide la impugnación, interpuesta por el SENA, contra el fallo de primera instancia, proferido el dieciséis (16) de octubre de dos mil veinte (2020) por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., que amparó el derecho al debido proceso del actor.

En la demanda se formularon las siguientes **PRETENSIONES**:

> *"PRIMERO. Que, se restablezcan los derechos fundamentales DIGNIDAD HUMANA, GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, IGUALDAD, DERECHO DE PETICION, TRABAJO, DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VIA MERITO, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA Y LOS QUE EL DESPACHO CONSIDERE PERTINENTES, VULNERADOS U AMENAZADOS, de MANUEL ERNESTO RUBIANO CEPEDA, mayor de edad e identificado con cédula de ciudadanía No 80.656.905 y se ordene de manera inmediata a la CNSC y al SENA realizar el nombramiento en periodo de prueba y su posesión para un empleo bien sea que haya sido ofertado o no ofertado Con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1, lo anterior En un término No superior a 48 horas, por haberse superado todas las pruebas, etapas del concurso, cumplir la totalidad de requisitos del empleo al cual se presentó y actualmente encontrarse como elegible, ya que era un deber legal por parte de la CNSC y el SENA hacer uso de lista de elegibles. Lo anterior sin tener en cuenta el Criterio unificado de enero de 2020 si no la similitud funcional.*
>
> *SEGUNDO: Ordenar a la CNSC, VERIFICAR una a una toda la planta de personal del SENA, para identificar todos los cargos con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1 con los núcleos básicos de conocimiento contemplados en la OPEC No 59844 a la cual se presentó el accionante.*
>
> *TERCERO: Ordenar a La CNSC dar respuesta de fondo al derecho de petición radicado en agosto de 2020.*
>
> *ORDENAR A LA CNSC Y AL SENA rendir un informe escrito a este Despacho, con los soportes respectivos, dentro de un término igual y siguiente al concedido para el cumplimiento del presente fallo."*

La presente acción de tutela se basa, en los siguientes

HECHOS:

Mediante Acuerdo Núm. 20171000000116 de 24 de julio de 2017, la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL convocó a proceso de selección -Convocatoria 436 de 2017, para proveer definitivamente por concurso abierto de méritos, los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

Mediante la Resolución núm. 20182120193695 de 24 de diciembre de 2018, que cobro firmeza a partir del 23 de diciembre de 2019, la CNSC conforma la lista de elegibles para proveer una (01) vacante de la OPEC núm. 59844, con la denominación INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010, GRADO 1, en que el demandante ocupa el lugar número 3, con un puntaje de 79.29.

Mediante el Acuerdo núm. 562 de 2016, la CNSC reglamenta la conformación, organización y uso de las listas de elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley núm. 909 de 2004.

Sostiene que el SENA reportó a la CNSC, unos cargos no ofertados para usar la de lista de elegibles, proceso que no ha adelantado al existir solicitudes de exclusión sin resolver.

El 16 de enero de 2020, La CNSC expidió el "Criterio Unificado de uso de listas de elegibles en el contexto de la ley núm. 1960 de 27 de junio de 2019", que, según el demandante, aclara la obligación de usar lista de elegibles con los cargos no ofertados posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de junio de 2019.

Afirma que la lista de elegibles de la que hace parte vence el 22 de diciembre de 2021.

Manifiesta que actualmente está como elegible para el cargo con la Denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1, por lo que tiene derecho a que se le nombré en un cargo similar, sin que la CNSC y EL SENA ofrecieran su nombramiento en periodo de prueba en los cargos ofertados y no ofertados en aplicación de las Leyes 909 de 2004 y 1960 de 2019.

En agosto de 2020, el demandante solicitó a la CNSC:

"Teniendo en cuenta los anteriores hechos, que me encuentro en una lista de elegibles de la convocatoria 436 de 2017, entidad SENA y cobijándome en el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia, el cual contempla el derecho de petición, la Ley 1437 de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"; de la Ley 1755 de 2015, solicito que me den un informe detallado de las siguientes peticiones:
PRIMERO: Que, mediante oficio se solicite al SENA, el uso de lista de elegibles con todas las vacantes no ofertadas en la convocatoria 436 de 2017, mencionadas en los puntos décimo séptimo y décimo octavo, para dar aplicación a la LEY 1960 de 2019.
SEGUNDO: Se le ordene al SENA que se abstenga de cambiar el perfil en cuanto a su área temática de los cargos No ofertados, cuya denominación sea INSTRUCTOR, código 3010, ya que viola el debido proceso administrativo de los elegibles de la convocatoria 436 de 2017.
TERCERO: Que, en pro del debido proceso administrativo solicito mediante derecho de petición que, la CNSC realice una visita al SENA y revise el total de la Planta de personal del SENA para que identifique el total de los cargos No ofertados por el SENA en la convocatoria 436 de 2017 y que actualmente se encuentran vacantes, en provisionalidad y en encargo, para que los mismos sean provistos mediante uso de lista de elegibles para que se le dé aplicación a la LEY 1960 de 2019.
CUARTO: Solicito se me dé un informe detallado de cuantos cargos hay inscritos en carrera en la CNSC con la entidad SENA de los niveles Técnico, profesional, asesor, asistencial e instructor."

La petición fue contestada por la CNSC en septiembre de 2020, informando, entre otros aspectos, que solo usará la listas de elegibles con los cargos no ofertados de acuerdo al Criterio Unificado de septiembre de 2020, así:

(…)

Frente a esta solicitud, es menester indicar que, en el caso de configurarse alguna de las causales de retiro del servicio o de generación de vacantes definitivas contempladas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y en el Decreto 1083 de 2015, la Entidad debe realizar el respectivo estudio técnico de las vacantes generadas y deberá determinar si resulta procedente solicitar al Grupo de Provisión de Empleo de la CNSC, autorización de uso de lista de elegibles para así generar la provisión efectiva con quien le asista el derecho en razón a su posición de mérito en una lista de elegible.

• Sobre este punto especial, es necesario traer a colación las disposiciones dadas en el documento emitido por la CNSC el 06 de agosto de 2020, denominado: "COMPLEMENTACIÓN AL CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019 del 16 de enero de 2020", según el cual:

"De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con

anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva Convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos"; entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC." (Subraya y negrita fuera de texto)

Bajo ese entendido, es responsabilidad de la Entidad nominadora, decidir las actuaciones propias de la gestión del talento humano, sin que para ello se requiera de la Comisión Nacional del Servicio Civil; pero, con la claridad que, la aplicación para la provisión de empleos mediante el uso de listas vigentes para procesos de selección, como la Convocatoria 436 de 2017-SENA, cuyas listas de elegibles se dieron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, únicamente es posible para aquellos denominados "mismos empleos", es decir, aquellos "con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."

• En lo tocante a la solicitud de: "Que, mediante oficio se solicite al SENA, el uso de lista de elegibles con todas las vacantes no ofertadas en la convocatoria 436 de 2017, mencionadas en los puntos (…), para dar aplicación a la LEY 1960 de 2019."

En lo concerniente al uso de la lista de elegibles ante la creación de nuevos empleos de carrera administrativa por parte de la entidad o generación de nuevas vacantes, previo a realizar la solicitud de uso de listas, la entidad nominadora deberá reportar las vacantes en SIMO de conformidad con lo establecido en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, así:

> *"(…)*
> *Por ello, en pro de establecer un lineamiento que permita a las entidades, dar aplicación al aludido Criterio del 16 de enero de 2020, la Comisión Nacional del Servicio Civil, emitió la Circular Externa Nro. 001 del 21 de febrero de 2020, en la cual se fijó el procedimiento para el reporte de las vacantes definitivas de carrera administrativa que serán provistas con listas de elegibles vigentes de "mismos empleos", en virtud del criterio unificado de uso de listas en el contexto de la Ley 1960 de 2019 y de su complementación, emitido por la CNSC el 06 de agosto de 2020.*

De lo anterior se colige que, si las vacantes no ofertadas, no cumplen con las características definidas para "mismos empleos" de conformidad con lo establecido en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, esto es, empleos "con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC", no resulta viable efectuar uso de listas a efectos de proveerlas.

Frente a la solicitud de: "Que, en pro del debido proceso administrativo solicito mediante derecho de petición que, la CNSC realice una visita al SENA y revise el total de la Planta de personal del SENA para que identifique el total de los cargos No ofertados por el SENA en la convocatoria 436 de 2017 y que actualmente se encuentran vacantes, en provisionalidad y en encargo, para que los mismos sean provistos mediante uso de lista de elegibles para que se le dé aplicación a la LEY 1960 de 2019.

Sobre el particular se indica que, en cuanto a la identificación de los empleos actualmente vacantes y no reportados en el SENA, debe ser resuelta por el Servicio Nacional de Aprendizaje, toda vez que tal información es del resorte exclusivo de la entidad, comoquiera que constituye información institucional, la cual está sujeta a la variación y movilidad que pueda presentarse en la planta de personal.

En ese entendido, es deber de la entidad, suministrar la información pertinente a través del Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad – SIMO. Motivo por el cual no se accede a su solicitud.

Frente a la solicitud "Se le ordene al SENA que se abstenga de cambiar el perfil en cuanto a su área temática de los cargos No ofertados, cuya denominación sea (…), ya que viola el debido proceso administrativo de los elegibles de la convocatoria 436 de 2017, y "solicito que se exija y ordene al SENA que no puede modificar los perfiles en su área Temática de los cargos ofertados y no ofertados para la convocatoria 436 de 2017, ya que eso vulnera el debido proceso administrativo de los elegibles."

En lo atinente a esta solicitud, es menester indicar que, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución SENA No. 1458 de 2017, las áreas temáticas son parte estructural de la organización y clasificación, así como de la definición de las funciones y competencias laborales de los empleos de nivel Instructor. Situación que conlleva a que las modificaciones hechas a las áreas temáticas de los empleos, se traducen en modificación al respectivo manual de funciones, actividad en la que frente a los empleos NO reportados, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.2.6.1 del Decreto 1083 de 2015, la CNSC, no posee competencia al ser una actividad de administración de personal, que es inherente a la organización y necesidades del servicio de la respectiva entidad.

En lo que respecta a los empleos reportados, se tiene que la instrucción solicitada es innecesaria, ya que el reporte de la OPEC es fiel copia del manual de funciones con el cual se adelantó el concurso de méritos, para proveer los empleos ofertados, y su modificación se encuentra vetada desde el acuerdo de convocatoria. Por lo que el eventual uso de listas deberá surtir el examen para la determinación de los denominados "mismos empleos" según se indicó en líneas precedentes.

Frente a la solicitud de "Que, mediante la oficina de VIGILANCIA de la CNSC se investigue al SENA por violar normas de carrera al modificar los perfiles en su área Temática de los empleos cuando existen listas de elegibles vigentes"

En lo que respecta a esta solicitud, se tiene que, de conformidad con lo manifestado hasta aquí, no se encuentra mérito para abrir la investigación solicitada.

Frente a la solicitud de "Que, la CNSC le solicite al SENA un informe donde indique a cuáles cargos identificados con su IDP les modificó el perfil EN SU ÁREA TEMÁTICA"

Al respecto, se tiene que la solicitud no encuentra asidero dentro de las funcionalidades de la CNSC, por lo que los peticionarios deben recurrir de manera directa a la entidad, para obtener esta información, toda vez que la administración de la planta de personal es competencia exclusiva de la entidad."

En agosto de 2020, el demandante solicitó al SENA:

"Teniendo en cuenta los anteriores hechos, que me encuentro en una lista de elegibles de la convocatoria 436 de 2017, entidad SENA y cobijándome en el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia, el cual contempla el derecho de petición, la Ley 1437 de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"; de la Ley 1755 de 2015, solicito que me den un informe detallado de las siguientes peticiones:
PRIMERO: Que, el SENA mediante oficio solicite a la CNSC, el uso de lista de elegibles con todas las vacantes no ofertadas en la convocatoria 436 de 2017, mencionadas en los puntos décimo séptimo y décimo octavo, para dar aplicación a la LEY 1960 de 2019.
SEGUNDO: Solicito se me informe cual es el área temática de cada uno de los cargos mencionados en los puntos décimo séptimo y décimo octavo, con la denominación INSTRUCTOR, y cual es o fue la profesión del funcionario que desempeña o desempeñaba cada uno de esos cargos.
TERCERO: Teniendo en cuenta el artículo 29 de la CN, respecto al debido proceso solicito y que soy directo interesado en cada uno de esos cargos, solicito se me informe cada vez que se le cambie el perfil en cuanto al área temática a cada uno de esos cargos.
CUARTO: Solicito se me informe cuantos trabajadores oficiales tiene en su planta el SENA y cuántos de ellos se encuentran registrados en Carrera administrativa en la CNSC, solicito documento de identidad de cada uno de ellos para verificar y cotejar la información con la CNSC.
QUINTO: Solicito este derecho de petición sea resuelto de fondo y en los términos establecidos en la ley 1755 de 2015."

El demandante señala que el SENA, contestó la solicitud sin especificar puntualmente cuales son los cargos a nivel nacional desiertos y no ofertados con la denominación de INSTRUCTOR.

Afirma que, en agosto de 2020, presentó una segunda solicitud al SENA, petición a la fecha sin resolver y en la que solicitó:

"Teniendo en cuenta los anteriores hechos, que me encuentro en una lista de elegibles de la convocatoria 436 de 2017 entidad SENA y cobijándome en el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia, el cual contempla el derecho de petición, la Ley 1437 de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"; de la Ley 1755 de 2015, solicito que me den un informe detallado de las siguientes peticiones:
PRIMERO: Se me dé un informe detallado respecto a todos los cargos que actualmente se encuentran en la Planta Global del SENA con la denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010, pertenecientes al EJE TEMATICO DE PROCESAMIENTO DE ALIMENTOS-LÁCTEOS Y DERIVADOS Y RED DEL CONOCIMIENTO AGRÍCOLA, que se encuentren en: provisionalidad, encargo, vacantes, temporales y en propiedad con derechos de carrera, donde se especifique:
1. IDP DEL CARGO.
2. Número de identificación de la persona que actualmente está ejerciendo el cargo, para el caso que se encuentre ocupado; con el fin de verificar ante la CNSC, si se encuentra inscrito en Carrera administrativa.
3. Profesión de la persona que está ejerciendo actualmente el cargo, así como el cargo o profesión de la última persona que lo ejerció.
4. Ubicación del Cargo.
5. Tipo de provisión del cargo, si se encuentra en: provisionalidad, encargo, vacantes, temporales o en propiedad con derechos de carrera.

6. Si la persona que ejerce actualmente el cargo, está inscrita en carrera ante la CNSC o su inscripción se encuentra en trámite.
SEGUNDO: Solicito que los cargos descritos en primera petición y que no hayan sido ofertadas en la convocatoria 436 de 2017, sean reportadas a la CNSC para que se haga uso de lista de elegibles con cargos no ofertados en aplicación a la LEY 1960 de 2019.
Solicito este derecho de petición sea resuelto de fondo y en los términos establecidos en la ley 1755 de 2015".

TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve (39) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., mediante Auto del 5 de octubre de 2020, admitió la acción y ordenó notificar a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC y al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El asesor jurídico de la Comisión Nacional del Servicio Civil, contestó la presente acción indicando que es deber de las entidades reportar a la CNSC a través de los medios electrónicos o físicos las novedades en relación a los nombramientos, posesiones, calificación del período de prueba, renuncias presentadas y demás situaciones que puedan afectar la conformación y uso de las listas.

Conforme a la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, por la cual se modificó la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998, el 16 de enero de 2020, la Comisión Nacional del Servicio Civil profirió criterio unificado "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019".

Informa que allí se estableció que las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes generadas con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos".

Aclara que, "mismo empleo" es aquel con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes.

Manifiesta que en aplicación al criterio unificado, la Comisión Nacional del Servicio Civil emitió Circular Externa Núm. 0001 de 2.020, fijó el procedimiento para reportar las vacantes que serán provistas con listas vigentes de mismos empleos.

Respecto del empleo objeto de concurso, informa que consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad — SIMO, comprobó que en el marco del proceso de selección 436 de 2016, el SENA ofertó una (1) vacante para proveer el empleo identificado con el Código OPEC 59844 Denominado Instructor, Código 3010, Grado 1.

Indica que mediante la Resolución Núm. CNSC — 20182120193695 de 24 de diciembre de 2018 se conformó Lista de Elegibles para proveer la vacante ofertada, lista vigente hasta el 22 de diciembre de 2021.

Que se entiende "mismos empleos", aquellos a los que corresponde igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, requisitos de estudio y experiencia, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, es decir, un empleo exactamente igual en todos los componentes descritos y definidos.

De otro lado, en el marco del uso de las listas un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales y correspondan al mismo nivel jerárquico con un grado salarial igual.

En cuanto al uso de la lista de elegibles ante la creación de nuevos cargos o generación de nuevas vacantes, la entidad nominadora deberá reportar las vacantes en el aplicativo SIMO según el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, que señala que las listas de elegibles, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos".

Manifiesta que la Comisión Nacional del Servicio Civil emitió Circular Externa núm. 0001 de 2020 que fijó el procedimiento para reportar las vacantes que serán provistas con listas vigentes de "mismos empleos" en virtud del criterio unificado.

En la Sentencia T-340 de 21 de agosto de 2.020, la Corte Constitucional se pronunció sobre la Ley 1960 de 2019 y su efecto en las listas vigentes antes de su expedición.

Del análisis de la jurisprudencia concluye que la simple pertenencia a una lista de elegibles NO configura un derecho particular y concreto para ser nombrado en periodo de prueba, ya que debe existir la vacante definitiva en las mismas condiciones que las ofertadas en el Concurso de Méritos, la lista debe continuar vigente y perentoriamente se debe ser el siguiente en estricto orden de mérito.

Respecto a la vigencia de las listas de elegibles, como parte de las medidas de urgencia adoptadas en el marco del Estado de Emergencia, el artículo 14 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, dispuso la continuidad los nombramientos y las posesiones, por lo tanto, la Declaratoria de Emergencia Nacional no afectó la vigencia de las listas de elegibles.

Frente al caso concreto, menciona que consultado el Sistema SIMO, constató que durante la vigencia de las listas el SENA no ha reportado la existencia de vacante definitiva alguna que cumpla con el criterio de mismos empleos respecto de la lista de la OPEC 59844, por lo que concluye que el empleo ofertado fue provisto conforme a las reglas del proceso de selección.

Consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles evidenció que durante la vigencia de la lista, el SENA no reporta movilidad de la lista, generada por la expedición de un acto administrativo que dispone la derogatoria o revocatoria sobre el acto administrativo de nombramiento de un elegible, o la expedición de un acto administrativo que declara la vacancia definitiva de un empleo por configurarse una de las causales de retiro establecidas en la Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, de quien ocupase posición meritoria según el número de vacantes ofertadas.

Corrobora que el señor Manuel Ernesto Rubiano Cepeda ocupó la posición tres (3), en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC — 20182120193695 de 24 de diciembre de 2018, y no alcanzó el puntaje requerido para ocupar posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, conforme al número de vacantes ofertadas.

Sostiene que no es razonable hacer usar la lista de elegibles del empleo 59844, toda vez que sobre el acto administrativo respectivo no hay solicitud de autorización por parte de la entidad.

Por lo expuesto, solicita declarar la improcedencia de la presente acción constitucional, toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

El 6 de octubre de 2020, el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, aportó mediante correo electrónico, entre otros, la respuesta a la petición del señor MANUEL ERNESTO RUBIANO CEPEDA el 25 de agosto de 2020. Sin embargo, no se pronunció frente a la acción de tutela.

EL FALLO APELADO

El Juzgado Treinta y Nueve (39) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., en fallo del dieciséis (16) de octubre de dos mil veinte (2020), **amparó** el derecho al debido proceso del actor, y ordenó al SENA "***INFORME*** *al demandante el Número Vacantes de la Planta del SENA de los cargos con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO (sic), a proveer. Si aún no lo ha hecho,* ***REPORTE*** *la novedad de vacantes a la CNSC.* ***INFORME*** *al señor MANUEL ERNESTO RUBIANO CEPEDA el procedimiento que adelantará para la provisión de tales vacantes."*

Indicó que de conformidad con la Ley 1960 de 2019 se permite que con la lista de elegibles se provean, además de las vacantes convocadas, las que surjan con posterioridad a la convocatoria.

Esta norma entró en vigencia el 27 de junio 2019 fecha de publicación en el Diario Oficial núm. 50.997, esto es, con posterioridad a la firmeza de la Resolución Núm. 20182120193695 de 24 de diciembre de 2018.

Al respecto, la CNSC en "CRITERIO UNIFICADO USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019", explicó que la regla de utilización de la lista de elegibles para proveer vacantes nuevas fuera de las ofertadas, aplica únicamente para las convocatorias posteriores a la vigencia de Ley 1960 de 2019 y en este sentido no aplicaría a la convocatoria de la que hace parte el demandante.

Sin embargo, a este respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T- 340 de 25 de agosto de 2020, Magistrado Ponente Luis Guillermo Gutiérrez Pérez, dispuso que, en desarrollo del principio de retrospectividad, es posible aplicar la regla contenida en la Ley núm. 1960 de 2019, a los elegibles que no ocuparon un lugar de mérito que les permitiera optar por una de las vacantes ofertadas.

En este orden de ideas, siempre que se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente, de acuerdo a la nueva reglamentación se proveerán de esta manera, además de las vacantes convocadas, las que surjan con posterioridad a la convocatoria.

Precisó que la CNSC consultó el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad — SIMO y constató que durante la vigencia de la lista el SENA no reportó vacantes adicionales a las ofertadas en el marco de la Convocatoria 437 de 2017, sin que pueda establecerse que a la fecha fueren creados cargos con la misma denominación del requerido por el demandante.

Respecto a las vacantes reportadas por el SENA para el cargo ofertado a través de la Convocatoria núm. 436 de 2017 - SENA, bajo el código OPEC No. 59844, denominado Instructor, Código 3010, Grado 1, se evidencia entonces que existe una vulneración al debido proceso del accionante, en tanto las entidades consultadas previamente por el accionante, reportan una información diferente respecto de las vacantes existentes y su reporte a la CNSC, con el fin de hacer uso de la Lista de Elegibles.

Que el accionante realizó consultas a las entidades demandadas en las que solicita una serie de informaciones, y las mismas fueron resueltas por las demandadas, de acuerdo con la trascripción que el mismo demandante hace en la demanda y el oficio aportado por el SENA de fecha 25 de agosto remitido a la dirección de correo electrónico del peticionario.

Y si bien el demandante manifiesta su inconformidad con las respuestas, pues las considera incompletas, el Despacho evidencia que las misma tienen por finalidad “que los cargos descritos en la primera petición y que no hayan sido ofertadas en la convocatoria 436 de 2017, sean reportadas a la CNSC para que se haga uso de lista de elegibles con cargos no ofertados en aplicación a la LEY 1960 de 2019”.

Que se evidencia que las respuestas contradictorias de las entidades vulneran el derecho al debido proceso, en el proceso de selección de elegibles en la convocatoria para la cual se postuló el demandante y por lo tanto es apremiante, conceder el amparo al debido proceso para que las entidades demandadas corrijan su actuación y brinden al demandante no solo las respuestas solicitadas sino la información que realmente le resulte eficaz para salvaguardar su derecho.

DE LA IMPUGNACIÓN

El Coordinador del Grupo de Relaciones Laborales de la Secretaría General del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, impugnó el fallo de primera instancia, bajo los siguientes argumentos:

Afirma que como resultado de la convocatoria a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, No. 436 de 2017, la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, por medio de la Resolución No. CNSC-20182120193695 del 24 de diciembre de 2018 conformó la lista de elegibles para proveer **una (01) vacante** del empleo de carrera administrativa identificado con el código **OPEC No 59844** denominado **Instructor Grado 01**, ubicado en la Regional Distrito Capital, Centro de Hotelería, Turismo y Alimentos– en la ciudad de **Bogotá D.C.**, con el propósito, funciones y requisitos del **Área Temática** denominado **PROCESAMIENTO DE ALIMENTOS - LÁCTEOS Y DERIVADOS.**

De conformidad con la parte resolutiva del citado acto administrativo, proferido por la CNSC, en el artículo primero, la lista de elegibles se conformó inicialmente con **cinco (5) ciudadanos**, encontrándose entre ellos el accionante en el **tercer puesto**, con un puntaje **79.29,** y ya se efectuó el nombramiento de quien ocupó el primer lugar.

Que con relación al uso de listas de elegibles en otros empleos, la CNSC como **autoridad responsable en el uso y manejo de las Listas de elegibles, conforme a lo señalado en el artículo 11 de la Ley 909 de 2004, expidió** el Criterio Unificado de fecha 16 de enero de 2020, en el que dispuso:

> *"De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de*

selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con tos que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC".

Conforme a lo anterior el SENA reportó únicamente aquellas vacantes que cumplieran con las condiciones señaladas por la CNSC en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, por consiguiente, al no existir en la planta de personal vacantes definitivas con el propósito, funciones, requisitos del proceso y **ubicación geográfica** del Área Temática denominado **PROCESAMIENTO DE ALIMENTOS, LÁCTEOS Y DERIVADOS.** del cargo Instructor Grado 01, en la ciudad de Bogotá D.C. (ubicación geográfica de la OPEC 59844), el código OPEC 59844 no hizo parte de la solicitud de autorización de vacantes realizada por la entidad en el oficio con Radicado N° 20203200636812 del 11 de junio de 2020.

Que el SENA efectuó el reporte de vacantes definitivas existentes en la planta de personal a la CNSC, corresponde a dicha Entidad aprobar el uso de las listas de elegibles conformadas en la Convocatoria 436 de 2017, que cumplan con las características previstas en el Criterio Unificado y que aún se encuentren vigentes, motivo por el cual, en caso de que se determine que el accionante cuenta con el orden de mérito para ser nombrada será oportunamente informada.

Que la pretensión de ser nombrado en una OPEC diferente a la concursada, no está comprendida en el ámbito de protección de estas garantías constitucionales, máxime cuando no ostenta un derecho adquirido para ser nombrado en periodo de prueba, considerando que no alcanzó la posición meritoria para ser nombrado en la vacante definitiva del empleo Instructor Grado 01, identificado con el código OPEC 59844.

Que el accionante, se postuló al empleo con código OPEC 59844, ocupando el tercer (3) lugar en la lista de elegibles, razón por la cual no obtuvo la posición meritoria para ser nombrado en periodo de prueba, como quiera que la persona que ocupó el primer lugar fue nombrado en los cargos ofertados bajo dicho código OPEC, por lo que atender las pretensiones del accionante de elaborar una lista de elegibles única con los cargos declarados desiertos a nivel nacional para el cargo ofertado Instructor Grado 01, del SENA, desconocería las reglas del concurso señaladas en la convocatoria, a mas

que no tendría validez teniendo en cuenta que cada OPEC tiene un Núcleo Básico de Conocimiento diferente y una experiencia específica, a la par, se vulnerarían los derechos de las demás personas que participaron en dicha convocatoria bajo códigos OPEC diferentes.

Finalmente, considera que el accionante tiene otros medios de defensa judicial contra las decisiones tomadas por el SENA o la CNSC, las cuales se expresan en actos administrativos y que fueron aportados como prueba con el escrito de tutela, por lo cual el accionante debería demandar dichas decisiones, en este caso la acción judicial corresponde a los medios de control en la jurisdicción contenciosa administrativa, establecidos en la Ley 1437 de 2011, por lo que la tutela resulta improcedente, mas cuando no se probó un perjuicio irremediable.

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

La acción de tutela fue instituida en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, como un instrumento para reclamar la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, vulnerados o amenazados a cualquier persona, natural o jurídica, individualmente considerada, quien actuará por si misma o a través de representante, con la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares encargados de la prestación de un servicio público, o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión, bastando la confrontación de tal acción u omisión con los preceptos constitucionales.

Por lo tanto, la acción de tutela no puede ser utilizada para hacer respetar derechos que sólo tienen rango legal, ni para hacer cumplir las leyes, los decretos, los reglamentos o cualquiera otra norma de rango inferior, cuyo acatamiento se garantiza mediante otros medios de defensa judicial, los cuales no pueden ser reemplazados por la acción de tutela, instituida en mecanismo subsidiario y residual, o transitorio para evitar perjuicio irremediable, esto es, una situación que con carácter inminente y grave afecte o amenace afectar un derecho fundamental constitucional, como la vida, la supervivencia o el mínimo vital, el debido proceso. La acción de tutela protege los derechos personales constitucionales fundamentales, ante su inmediata amenaza o violación.

I. PROBLEMA JURÍDICO

En el presente caso la Sala deberá determinar: i) si es procedente la conformación de nuevas listas de elegibles para la provisión de nuevos cargos que surgieron con posterioridad a la convocatoria no. 436 de 2017 y ii) si hay lugar a realizar nombramiento y posesión del accionante en período de prueba en un empleo equivalente al previsto en la OPEC no. 59844 de la convocatoria 436 de 2017.

II. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Sobre la procedencia de la acción de tutela para resolver controversias suscitadas en el desarrollo de un concurso de méritos cuando ya se conformó la lista de elegibles la Corte Constitucional en sentencia T 049 de 2019 dispuso lo siguiente:

> *"(…) La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática al señalar que la acción de tutela es procedente frente a controversias originadas en concursos de méritos para la provisión de empleos públicos si el proceso de selección se encuentra en curso.*[1]
>
> 1.1.1.1. *Específicamente, las diferentes secciones del Consejo de Estado establecen en sus sentencias que cuando la lista de elegibles se encuentra en firme crea situaciones jurídicas particulares y derechos ciertos, de manera que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para dejarlas sin efectos jurídicos,*[2] *pues se podrían afectar derechos subjetivos*[3] *y lo que corresponde es demandar dicho acto administrativo haciendo uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.*[4]
>
> 1.1.1.2. *Sobre el particular, en sentencia del 29 de noviembre de 2012, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado indicó que por regla general, la acción de tutela es improcedente "para controvertir las supuestas irregularidades acaecidas durante el trámite de un concurso de méritos, cuando en éste se ha conformado la lista de elegibles, porque es un acto susceptible de demandarse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que brinda el escenario idóneo para analizar la legalidad de la referida decisión".*[5]

---

[1] Sobre procedencia de la acción de tutela en materia de concursos de méritos en los eventos en que ya existe lista de elegibles pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias del Consejo de Estado: Sección Segunda Subsección A. Radicación número: 25000-23-42-000-2012-01030-01, Sentencia del 17 de enero de 2013. CP Alfonso Vargas Rincón; Sección Cuarta. Radicación número: 13001-23-31-000-2012-00435-01, Sentencia del 27 de septiembre de 2012. CP William Giraldo Giraldo; y Sección Quinta. Radicación número: 23001-23-31-000-2011-00627-01, Sentencia del 19 de julio de 2012. CP (E) Susana Buitrago Valencia.

[2] Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A. Radicación número: 25000-23-15-000-2011-02081-01, Sentencia del 27 de octubre de 2011. CP Gustavo Eduardo Gómez y Sección Primera. Radicación número: 25000-23-41-000-2012-00513-01, Sentencia del 15 de agosto de 2013. CP María Elizabeth García González.

[3] Consejo de Estado, Sección Quinta. Radicación número: 25000-23-36-000-2015-02718-01, Sentencia del 4 de febrero de 2016. CP Alberto Yepes Barreiro.

[4] Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B. Radicación número: 54001-23-31-000-2012-00058-01, Sentencia del 8 de mayo de 2012. CP Gerardo Arenas Monsalve y Sección Cuarta. Radicación número: 19001-23-31-000-2011-00010-01, Sentencia del 16 de marzo de 2011. CP Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez.

[5] Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B. Radicación número: 23001-23-33-000-2012-00067-01, Sentencia del 29 de noviembre de 2012. CP Gerardo Arenas Monsalve.

1.1.1.3. *De esta manera, los jueces de tutela deben analizar si al momento en que se presentó la acción de tutela ya se había conformado la lista de elegibles o está a punto de proferirse como uno de los elementos dentro del estudio de procedencia.*

1.1.1.4. *Ejemplo de lo anterior es la sentencia del 8 de junio de 2010, en la que la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró la improcedencia de una acción de tutela en la que accionante solicitó el amparo de sus derechos fundamentales "con ocasión de la calificación obtenida en la prueba de aptitud numérica dentro del concurso de méritos docentes abierto por la Comisión Nacional del Servicio Civil y desarrollado por el ICFES"*[6] *con el siguiente argumento:*

"Ocurre que para la época en que la actora instauró la tutela ya el concurso del cual fue excluida había avanzado a otra fase e incluso finalizado, pues está publicada la lista de elegibles.

Ante tal panorama de cosas la razón que permitía la viabilidad excepcional de la tutela ya no está presente y, por tanto, debido a que la afectada cuenta con otro medio de defensa ordinario, pertinente para enjuiciar la decisión de exclusión del concurso, el instrumento de protección constitucional se torna improcedente".

1.1.1.5. *Por su parte, la Corte Constitucional se refirió a la procedencia de la acción de tutela en los casos en que se solicita la protección de derechos fundamentales ante controversias presentadas en concursos de méritos cuando ya existe lista de elegibles.*

1.1.1.6. *En la sentencia SU-913 de 2009,*[7] *la Corte Constitucional analizó varias acciones de tutela en las que los actores, quienes participaron en el concurso de méritos para la provisión de cargos de notarios, solicitaron el amparo de sus derechos fundamentales. La controversia giraba en torno al puntaje que otorgaba a la autoría de obras en derecho en la etapa de análisis de méritos y antecedentes, ya que en el marco de una acción popular interpuesta para la protección del derecho colectivo a la moralidad pública se adoptó una medida cautelar en la que se ordenó suspender provisionalmente el aparte final del numeral 11 del artículo 11 del Acuerdo 01 de 2006 que se refiere a "la certificación de la publicación expedida, por la imprenta o editorial respectiva junto con un ejemplar del libro publicado".*

Dentro de sus consideraciones, la Corte concluyó que las lista de elegibles "en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58". Sobre la posibilidad de revocar listas de elegibles la Sala señaló lo siguiente:

"Por su parte, la estabilidad de la lista de elegibles en tanto acto administrativo particular y concreto se obtiene una vez este haya sido notificado al destinatario y se encuentre en firme con carácter ejecutivo y ejecutorio – Artículo 64 del C.C.A.-, caso en el cual no podrá ser revocado por la Administración sin el consentimiento expreso y escrito del particular -Artículo 73 del C.C.A.- , salvo que se compruebe que el acto ocurrió por medios ilegales o tratándose del silencio administrativo generador de actos fictos en los términos del artículo 69 del mismo estatuto sea evidente su oposición a la Constitución Política o a la Ley, contrario al interés público o social o cause agravio injustificado a una persona.

Lo cierto es que una vez en firme, al acto administrativo que contiene la lista de elegibles no puede ser modificado en sede Administrativa, sin perjuicio de la posible impugnación que se surta en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria. Por ello, cuando el nominador designa para desempeñar un cargo de carrera a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desplazando a quien la antecede por haber obtenido mejor

---

[6] Consejo de Estado, Sección Quinta. Radicación número: 25000-23-15-000-2010-00141-01, Sentencia del 8 de julio de 2010. CP Susana Buitrago Valencia.
[7] Corte Constitucional, sentencia SU-913 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez; AV Jorge Iván Palacio Palacio).

puntaje, lesiona sin lugar a dudas derechos fundamentales, entre ellos, el de igualdad, el derecho al trabajo y el debido proceso. Como también se lesionan los derechos fundamentales de quienes ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles cuando se reconforman dichas listas sin existir justo título que así lo autorice".

1.1.1.7. *A su vez, en la sentencia T-180 de 2015[8] la Sala Sexta de Revisión estudió el caso de una accionante que se presentó en la Convocatoria No. 128 de 2009 para proveer por concurso abierto de méritos los empleos de carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-. La tutelante presentó acción de tutela contra la Comisión Nacional de Servicio Civil y la Universidad de San Buenaventura, Seccional Medellín y solicitó la protección de sus derechos fundamentales para que se resolvieran las peticiones en las que puso en conocimiento de las entidades las irregularidades en el proceso de selección, se rediseñaran las pruebas del concurso, se le permitiera acceder a las hojas de respuesta de su prueba y se suspendiera la etapa de entrevistas de la convocatoria. Sobre la posibilidad de modificar lo establecido en las listas de elegibles conformadas la Sala señaló lo siguiente:*

"Esta Corporación ha señalado que las listas de elegibles generan derechos subjetivos que, por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado[9]; o en hipótesis en las cuales su producción o aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales".

1.1.1.8. *Por su parte, la Sala Séptima de Revisión en la sentencia T-551 de 2017[10] estudió las tutelas interpuestas por dos accionantes que participaron en las Convocatorias No. 335 y 336 de 2016 del INPEC para proveer el cargo de dragoneante de la institución y de ascensos y se les impidió continuar el proceso de selección porque en el examen médico que se les realizó, fueron calificados como no aptos. Pese a ello, los actores manifestaron que los resultados de las pruebas médicas no correspondían a la realidad.*

En esa oportunidad, la Sala determinó que la tutela procedía de manera definitiva "toda vez que en el proceso de selección para ocupar el cargo de dragoneante y de ascensos del INPEC que ya cuenta con lista de elegibles", los mecanismos de defensa ordinarios no eran idóneos y eficaces y mediante el acto administrativo que se ataca "se establecen criterios sobre los resultados de la prueba médica de los aspirantes, viéndose posiblemente lesionado derechos fundamentales de aquellos, al concurso de mérito".

1.1.1.9. *Para terminar, en la sentencia T-160 de 2018[11] la Sala Tercera de Revisión analizó la tutela que presentó un accionante contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y la Universidad Manuela Beltrán. El actor señaló que se inscribió en la convocatoria mediante la cual se proveerían 400 vacantes en el empleo de dragoneante del INPEC y que en los resultados de los exámenes médicos fue calificado como "no apto" por tener un tatuaje en el tercio inferior del antebrazo izquierdo, por lo que solicitó que se evaluara nuevamente su calificación de y, en consecuencia, fuera vinculado nuevamente al proceso de selección del concurso-curso en la respectiva convocatoria.*

La Sala de Revisión determinó que la acción de tutela procedía contra los actos administrativos proferidos en desarrollo del concurso-curso ya que los medios ordinarios de defensa judicial no eran eficaces ni idóneos para dirimir la controversia. De la misma manera, la Sala precisó que en el caso objeto de análisis

[8] Corte Constitucional, sentencia T-180 de 2015 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).
[9] *Sentencias C-147 de 1997, C-155 de 2007, C-926 de 2000, C-624 de 2008, T-494 de 2008, entre otras.*
[10] Corte Constitucional, sentencia T-551 de 2017 (MP Cristina Pardo Schlesinger).
[11] Corte Constitucional, sentencia T-160 de 2018 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez; AV Antonio José Lizarazo Ocampo).

ya se había conformado la lista de elegibles y que, aunque la misma tenía vigencia de un año, ello no hacía "improcedente el amparo perseguido, pues la misma se puede reconstituir", y que así se había hecho "a partir de la resolución de controversias judiciales".

(…)

1.1.1.10. *Adicionalmente, la Corte Constitucional reconoce que la tutela procede pese a la existencia de lista de elegibles y que estas pueden ser modificadas en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria o cuando su aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales. (Destaca la Sala) (…)".*

En los anteriores términos puede concluirse que cuando la lista de elegibles se encuentra en firme crea situaciones jurídicas particulares y derechos ciertos, de manera que la acción de tutela en principio no es el mecanismo adecuado para dejarlas sin efectos jurídicos, pues se podrían afectar derechos subjetivos, por ello lo que corresponde es demandar dicho acto administrativo haciendo uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; no obstante lo anterior, la alta Corporación ha admitido su procedencia en aquellos casos que se presenta fraude, incumplimiento de los requisitos de la convocatoria o cuando su aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales.

III. MARCO CONSTITUCIONAL, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

De la Convocatoria 436 de 2017 SENA

La Comisión Nacional del Servicio Civil, en uso de sus competencias legales, convocó mediante Acuerdo no. 20171000000116 del 26 de julio de 2017 -modificado por Acuerdos números 20171000000146 del 5 de septiembre de 2017, 20171000000156 del 19 de octubre de 2017 y 20181000000876 del 19 de enero de 2018- a concurso abierto de méritos, con el fin de proveer de manera definitiva los empleos pertenecientes al sistema general de carrera administrativa del SENA, la cual se identificaría como convocatoria 436 de 2017.

Luego de superadas las primeras fases del concurso, la CNSC procedió a la elaboración de la lista de elegibles, que para el caso del cargo INSTRUCTOR CÓDIGO 3010 GRADO 1 correspondiente a la OPEC no. 59844 se realizó mediante la Resolución no. 20182120193695 de 24 de diciembre de 2018.

Naturaleza de las listas de elegibles y su firmeza

De acuerdo con lo previsto en el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, la elaboración o conformación de la lista de elegibles corresponde a la relación de los participantes del concurso, que realiza la CNSC, en orden de mérito de las personas que superaron las etapas previas, y en ese mismo orden deben ser cubiertas las vacantes, conservando una vigencia de dos (2) años, desde que queden en firme.

Conformada la lista de elegibles, las personas que la integren deben ser nombradas -con estricta sujeción al mérito- en período de prueba por el término de seis (6) meses, al final de los cuales serán evaluadas. Obtenida una calificación satisfactoria se adquieren los derechos de carrera, los cuales deberán ser declarados mediante la respectiva inscripción en el registro público de carrera. En el evento en que no se obtenga la calificación satisfactoria, el empleado será declarado insubsistente.

Por su parte la jurisprudencia constitucional ha sostenido que las listas de elegibles son actos administrativos particulares, que una vez en firme son inmodificables y constituyen un derecho adquirido y no una mera expectativa de quien la ocupa en primer lugar, para que pueda ser nombrado en el cargo para el que concurso.

> *"**11.2 Las listas de elegibles son actos administrativos de contenido particular y concreto. Deben respetarse derechos adquiridos.***
>
> ***11.2.1** Las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme, salvo expresas excepciones legales. Es así como la Sentencia T-455 de 2000 señaló que aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido. Al respecto, indicó la Corporación:*
>
> > *"Consagra el artículo 83 C.P. que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que se adelanten ante ellas.*
> >
> > *Se entiende que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque indudablemente existe el cargo y carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionantes para la mayoría de las personas, sin que el proceso adelantado y sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento.*
> >
> > *En consecuencia, una vez que se han publicado los resultados, es perentorio que la entidad que ha convocado al concurso entre a proveer el cargo respectivo, designando para el efecto a quien ocupó el primer lugar y, por sus méritos, se ha hecho acreedor a ocuparlo.*
> >
> > *Para la Corte es indudable que quien respondió a una convocatoria hecha por una entidad pública, presentó los exámenes, pruebas, entrevistas,*

documentación exigida y además, practicados aquéllos los superó satisfactoriamente y ***ocupó el primer lugar en una lista de elegibles, tiene, en tal virtud y por mandato constitucional, no una mera expectativa sino un verdadero derecho adquirido a ser nombrado en el cargo correspondiente****." (Resaltado fuera de texto)*

La lista de elegibles organiza la información de los resultados del concurso, indica quiénes están llamados a ser nombrados, de acuerdo con el número de plazas a ocupar, así como el orden de elegibilidad en que han quedado los participantes según su puntaje.

11.2.2 *Pues bien, cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman.*

En el caso en estudio la lista de elegibles, en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58 Superior, en cuyos términos "se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores(...)". A partir de dicho mandato, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos subjetivos que han entrado al patrimonio de la persona, no pueden ser desconocidos por la ley, salvo que ello sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado. Al respecto, la Corte señaló en la sentencia C-155 de 2007:

"Configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona. Ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales.

Por el contrario, frente a situaciones inciertas y eventuales que no se consolidaron al amparo de una normatividad anterior, opera un principio de aplicación inmediata de la ley[*http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-155-07.htm -ftn49#_ftn49*](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-155-07.htm -ftn49#_ftn49)*, a la cual deberán adecuar su conducta quienes no hayan logrado llevar a su patrimonio derechos que concedía la norma derogada. Así, la Corte ha señalado que mientras los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos por las leyes ulteriores, por el contrario las simples expectativas no gozan de esa protección, pues "la ley puede modificar discrecionalmente las meras probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho." Por ello, las expectativas que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho, pueden ser reguladas por el legislador "según las conveniencias políticas que imperen en el momento, guiado por parámetros de justicia y de equidad que la Constitución le fija para el cumplimiento cabal de sus funciones."*

Cabe agregar que en todo caso, la consolidación del derecho que otorga el haber sido incluido en una lista de elegibles, se encuentra indisolublemente determinado

por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer.

Por su parte, la estabilidad de la lista de elegibles en tanto acto administrativo particular y concreto se obtiene una vez este haya sido notificado al destinatario y se encuentre en firme con carácter ejecutivo y ejecutorio – Artículo 64 del C.C.A.-, caso en el cual no podrá ser revocado por la Administración sin el consentimiento expreso y escrito del particular -Artículo 73 del C.C.A.- , salvo que se compruebe que el acto ocurrió por medios ilegales o tratándose del silencio administrativo generador de actos fictos en los términos del artículo 69 del mismo estatuto sea evidente su oposición a la Constitución Política o a la Ley, contrario al interés público o social o cause agravio injustificado a una persona.

Lo cierto es que una vez en firme, al acto administrativo que contiene la lista de elegibles no puede ser modificado en sede Administrativa, sin perjuicio de la posible impugnación que se surta en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria. Por ello, cuando el nominador designa para desempeñar un cargo de carrera a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desplazando a quien la antecede por haber obtenido mejor puntaje, lesiona sin lugar a dudas derechos fundamentales, entre ellos, el de igualdad, el derecho al trabajo y el debido proceso. Como también se lesionan los derechos fundamentales de quienes ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles cuando se reconforman dichas listas sin existir justo título que así lo autorice (…)"[12].

Por su parte, el Consejo de Estado[13] ha sostenido sobre la lista de elegibles lo siguiente:

"En suma, la lista de elegibles tiene la vocación de materializar la regla constitucional de los artículos 125 y 131 de la Constitución, según la cual los cargos públicos y en específico, los de la función notarial deben ser provistos mediante el sistema de concurso público, en donde el mérito es la regla característica para su provisión.

(…)

Por ello, ***la situación de figurar en la lista de elegibles implica, por un lado, el derecho del participante a ser nombrado en el cargo para el cual concursó y, por otro, la correlativa obligación de la administración o entidad convocante, de nombrar a quien figura en turno en la mencionada lista de elegibles*** *(…)"*

Ahora bien, en desarrollo de las funciones previstas en el artículo 11 de la Ley 909 de 2004 en lo que a listas de elegibles se refiere, la CNSC expidió el Acuerdo 562 de 5 de enero de 2016 "*por el cual se reglamenta la* ***organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004"****,* en este se establece como función de competencia exclusiva de esa entidad, la de conformar las listas de elegibles, y una vez comunicada la firmeza de la lista de

[12] Corte Constitucional SU 913 de 2009 MP. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
[13] Consejo de Estado, Sección Quinta, C.P Alberto Yepes Barreiro, 23 de octubre de 2014 Rad. Nº **25-000-23-41-000-2013-02805-02, Actor: JUAN FRANCISCO FORERO GOMEZ**

elegibles, la entidad para la cual se adelantó la convocatoria debe producir los nombramientos en período de prueba.

IV. PRUEBAS Y HECHOS DEMOSTRADOS

De acuerdo con el material probatorio obrante en el plenario, se encuentra acreditado lo siguiente:

- Que el señor Manuel Ernesto Rubiano Cepeda se inscribió, participó y ganó el concurso abierto de méritos para ocupar el cargo de INSTRUCTOR CÓDIGO 3010 GRADO 1 correspondiente a la OPEC no. 59844, ocupando el tercer (3) puesto en la lista de elegibles para el cargo mencionado, según consta en la Resolución no. 20182120193695 de 24 de diciembre de 2018.

- Que el SENA mediante correo electrónico enviado al actor dio respuesta a las peticiones elevadas por el señor Manuel Ernesto Rubiano Cepeda, en la que le indicó que dado que la Convocatoria 436 de 2017 se adelantó con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019 (norma que permitió hacer uso de las listas de elegibles en empleos equivalentes), los usos de listas que la CNSC apruebe para el SENA serán únicamente para proveer vacantes de los mismos empleos reportados. Igualmente informó que no existe vacante desprovista, en provisionalidad o en encargo que corresponda al empleo identificado con la OPEC no. 59844 y que en el evento que esta se presente y él cumpla con los requisitos la entidad le comunicará. Asimismo, le informó que los cambios de perfiles en los empleos que han sido creados con posterioridad a la convocatoria 436 de 2017 obedece a las necesidades del servicio de cada uno de los centros de formación.

V. CASO CONCRETO

Pretende el accionante a través de la presente acción constitucional que se le amparen sus derechos fundamentales indicados en precedencia, y en consecuencia, se ordene a las entidades accionadas que en su interpretación de lo previsto en la Ley 1960 de 2019 se proceda a efectuar su nombramiento y posesión en período de prueba en un empleo similar del cual él hace parte de la lista de elegibles dentro de la convocatoria 436 de 2017, específicamente en el cargo de INSTRUCTOR CÓDIGO 3010 GRADO 1 correspondiente a la OPEC no. 59844, sin importar si fueron o no convocados.

El juzgado de primera instancia consideró que en el caso *sub examine* existe una vulneración al debido proceso del accionante, en tanto las entidades accionadas, reportan una información diferente respecto de las vacantes existentes y no se reporta a la CNSC la información correspondiente, con el fin de hacer uso de la Lista de Elegibles. Afirmó el a quo, que sí es aplicable lo establecido en la Ley 1960 de 2019 en el sentido de que se pueden proveer empleos con listas de elegibles que fueron expedidas con anterioridad a la promulgación de la referida ley sin importar si el empleo fue convocado o no o creado con posteridad al concurso.

El SENA impugnó la sentencia de primera instancia, al considerar que conforme al Criterio Unificado de fecha 16 de enero de 2020 de la CNSC, para usar las listas de elegibles para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad a los empleos ofertados deben corresponder a los **"mismos empleos",** y por tal razón el SENA reportó únicamente aquellas vacantes que cumplieran con las condiciones señaladas y que al no existir en la planta de personal vacantes definitivas con el mismo empleo, esto es, el propósito, funciones, requisitos del proceso y **ubicación geográfica** del Área Temática denominado **PROCESAMIENTO DE ALIMENTOS, LÁCTEOS Y DERIVADOS** del cargo Instructor Grado 01, en la ciudad de Bogotá D.C. (ubicación geográfica de la OPEC 59844), el código OPEC 59844 no hizo parte de la solicitud de autorización de vacantes realizada por la entidad en el oficio con Radicado N° 20203200636812 del 11 de junio de 2020, sin que en su sentir ello vulnere los derechos fundamentales del actor.

Hechas las anteriores precisiones, se tiene, que a través de la Resolución no. 20182120193695 de 24 de diciembre de 2018 la CNSC conformó la lista de elegibles para el cargo denominado INSTRUCTOR CÓDIGO 3010 GRADO 1 correspondiente a la OPEC no. 59844, acto administrativo con el cual se proveyó una (1) vacante, por lo tanto, el accionante al ocupar el tercer (3) puesto en el registro no alcanzó a obtener vacante alguna.

De conformidad con la respuesta por parte de la CNSC, la referida lista de elegibles, cobró firmeza el 22 de diciembre de 2019, **encontrándose vigente hasta el 22 de diciembre de 2021**, es decir que en los términos de la jurisprudencia constitucional la acción de tutela en principio no es el mecanismo adecuado para debatir la legalidad del citado acto administrativo, pues se podrían afectar derechos subjetivos; no obstante lo anterior, el alto tribunal ha admitido la procedencia del mecanismo

constitucional de amparo pese a la firmeza de la lista de elegibles, en aquellos casos de fraude, incumplimiento de los requisitos de la convocatoria o cuando su aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales.

En el caso bajo estudio el fundamento de la petición de amparo es el desconocimiento de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 en cuanto a su art. 6º, en el concurso de méritos no. 436 de 2017 que fue adelantado por la CNSC con anterioridad a su expedición, desconociéndose con ello el principio del mérito que rige el acceso a los empleos públicos, argumentos bajo los cuales se colige que la acción de tutela es procedente y por ello se realizará el análisis de fondo del asunto.

La Sala pone de presente que la Ley 1960 de 2019 fue publicada en el Diario Oficial no. 50.997 de 27 de junio 2019, modificó algunos apartes de la Ley 909 de 2004, estableciendo respecto de la lista de elegibles en los procesos de selección por concursos de méritos, lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 6º. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:*
> *"Artículo 31. El Proceso de Selección comprende:*
>
> *1. (...)*
> *2. (...)*
> *3. (...)*
>
> ***4.** Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años**. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad".***(Se resalta extra texto)

De lo anterior se tiene que el legislador autorizó a la Comisión Nacional del Servicio Civil que elabore en estricto orden de mérito listas de elegibles para que se provean las vacantes definitivas de cargos convocados y EQUIVALENTES no convocados y que surjan con posterioridad a la convocatoria de los concursos siempre y cuando sea en la misma entidad.

Con fundamento en lo anterior la CNSC ha expedido una serie de criterios unificados respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 los cuales se encuentran publicados en la página oficial de la entidad en los siguientes términos:

- Criterio del 16 de enero de 2020, complementado el 6 de agosto de 2020, donde se define el uso de la lista de elegibles:

"De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva Convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos"; entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."

- Criterio de 22 de septiembre de 2020, donde se definen los conceptos "mismo empleo" y "empleo equivalente":

"En cumplimiento del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, las listas de elegibles producto de un proceso de selección se usarán para proveer vacantes definitivas de los "mismos empleos" o "empleos equivalentes", en los casos previstos en la Ley Para efecto del uso de listas se define a continuación los conceptos de "mismo empleo" y "empleo equivalente":

- *MISMO EMPLEO. Se entenderá por "mismos empleos", los empleos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.*

- *EMPLEO EQUIVALENTE. Se entenderá por empleos equivalentes aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan grado salarial igual, posean el mismo requisito de experiencia, sean iguales o similares en cuanto al propósito principal o funciones, requisitos de estudios y competencias comportamentales y mismo grupo de referencia de los empleos de las listas de elegibles."*

Los anteriores criterios, como lo ha reconocido la Corte Constitucional[14], gozan de un valor especial al ser expedidos por el organismo que por mandato constitucional tiene la función de administrar las carreras de los servidores públicos de conformidad con lo establecido en el artículo 130 de la Constitución Política.

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional en sentencia T 340 de 21 de agosto de 2020, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, en la que estudió un caso muy similar al de la referencia y sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019 consideró lo siguiente:

"3.7.2. Visto lo anterior, de conformidad con la Ley 909 de 2004 y la jurisprudencia unificada de esta Corporación antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, habría que revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Santander, comoquiera que la regla aplicable al caso permitía concluir que el ICBF solo podía hacer uso de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, para proveer los dos cargos inicialmente ofertados en la OPEC No. 34782, como en efecto lo hizo. De forma que, una nueva vacante no convocada debería ser ocupada mediante la figura de encargo o de provisionalidad, mientras se adelantaba un nuevo concurso de méritos. Tal como en efecto ocurrió.

[14] Corte Constitucional T-340 de 21 de agosto de 2020 MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Dicho esto, ***la Sala encuentra que en esa decisión el Tribunal no tuvo en cuenta, primero, la jurisprudencia reiterada de la Corte respecto de la utilización de las listas de elegibles únicamente para proveer los cargos inicialmente convocados. Segundo, que el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, antes de su modificación, establecía que las listas de elegibles vigentes solo serían usadas para cubrir las vacantes inicialmente ofertadas. Tercero, que el parágrafo 1 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, que compiló el Decreto 1227 de 2005, antes de ser modificado por el Decreto 498 de 2020 [59], reafirmaba la prohibición de proveer vacancias definitivas de cargos no convocados.*** *Y, cuarto, que se equiparó el término oferta pública de empleos de carrera (OPEC) al de empleo y, por tal razón, se ordenó el nombramiento del accionante "en el empleo identificado con el OPEC No. 34782", cuando lo cierto es que en la referida oferta pública únicamente se ofertaron dos cargos.*

Sin embargo, por el cambio normativo y la consecuente variación de los supuestos fácticos y jurídicos que dieron origen a la acción de tutela y que hacen inaplicable el precedente de esta Corte al sub-examine , se confirmará la orden de protección dictada por el Tribunal Administrativo de Santander el 3 de julio de 2019, bajo el entendido que, en aplicación de la Ley 1960 del año en cita, resultaba obligatorio utilizar la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, para proveer la vacante del cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, regional Santander, pues la misma tiene una aplicación retrospectiva *e incluye la hipótesis que se alega por el actor, más allá de que ella no haya sido invocada en la demanda de tutela, al haberse presentado el cambio normativo durante el desarrollo del proceso, circunstancia que no afecta su pretensión, ya que, como se dijo,* ***la Corte ha admitido que esa solución legal garantiza el principio del mérito y asegura la realización de los principios economía, eficiencia y eficacia de la función pública, lo cual resulta claramente concordante con la reclamación realizada por el accionante.***

(…)
3.7.3. De acuerdo con lo expuesto el acápite 3.6 de esta providencia, la Ley 1960 de 2019 modificó la Ley 909 de 2004, concretamente la regla referida al uso de las listas de elegibles vigentes, para permitir que con ellas también se provean las "vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad".

Así las cosas, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley aplica a la situación de las personas que ocupan un lugar en la lista de elegibles que excedía el número de vacantes ofertadas y por proveer. Es decir que, si son las siguientes en orden y existe una lista vigente, en caso de producirse una vacante para ese empleo, aun cuando no haya sido ofertado, tendrán derecho a ser nombradas en las vacantes definitivas que se vayan generando, de conformidad con lo dispuesto en la referida ley*. Sin embargo, en cada caso concreto, la entidad cuyas necesidades de personal se pretenden satisfacer mediante el concurso deberá realizar los trámites administrativos para reportar las vacantes definitivas de los cargos a la CNSC, así como los trámites financieros y presupuestales para poder hacer uso de las referidas listas.*

De hecho, en este punto debe recordarse que la misma Comisión Nacional del Servicio Civil modificó su postura en torno a la aplicación de la referida ley y dispuso que las listas de elegibles y aquellas que sean expedidas en procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán ser usadas durante su vigencia para cubrir las nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos".

De la jurisprudencia constitucional transcrita se desprende que en aplicación del principio del mérito para el acceso a los cargos públicos los efectos de la Ley 1960 de 2019 sí son aplicables a la lista de elegibles de los concursos que han sido desarrollados antes de su expedición, ya que con ello se garantizan los principios de economía, eficiencia y eficacia de la función pública y en consecuencia, se permite respecto de aquellas personas que ocupan un lugar en la lista de elegibles que excedía el número de vacantes ofertadas y por proveer, sean nombradas en vacantes definitivas que se vayan generando aun cuando no haya sido ofertadas.

En ese sentido para la Sala, respecto del primer problema jurídico planteado en el caso *sub examine*, consistente en determinar si es procedente la conformación de nuevas listas de elegibles para la provisión de nuevos cargos que surgieron con posterioridad a la convocatoria no. 436 de 2017, considera que dicha circunstancia es viable pues, como ya quedó suficientemente establecido, los efectos de la Ley 1960 de 2019 son aplicables a los concursos que iniciaron con anterioridad a su vigencia, razón por la cual el SENA en calidad de entidad responsable de reportar los nuevos empleos y los que se encuentren vacantes a la CNSC tiene el deber de remitir la información concerniente no solo de aquellos denominados "mismo empleo" sino también de los denominados "empleo equivalente" con la finalidad de que sean elaboradas las nuevas listas de elegibles.

En consonancia con lo anterior, la Sala advierte que dentro de expediente no obra prueba que permita evidenciar que el SENA haya desplegado actuación administrativa alguna con la finalidad de establecer y/o determinar **cuáles empleos al interior de la entidad pueden ser considerados como equivalentes a los de la OPEC no. 59844** de la convocatoria 436 de 2017, situación que constituye una vulneración al debido proceso del accionante, por cuanto aquel tiene derecho a que la CNSC con base en la información que le sea reportada elabore las nuevas listas de elegibles en aplicación de lo preceptuado en la Ley 1960 de 2019.

En consecuencia, se confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia que amparó el derecho fundamental al debido proceso.

Se modificará el numeral segundo del fallo impugnado en cuanto se ordenó al SENA **INFORME** al demandante el número de vacantes de la Planta del SENA de los cargos con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO (sic), a proveer. Si aún no lo ha hecho, **REPORTE** la novedad de vacantes a la CNSC e **INFORME** al señor

MANUEL ERNESTO RUBIANO CEPEDA el procedimiento que adelantará para la provisión de tales vacantes, y en su lugar se ordenará lo siguiente:

i) Al SENA que, dentro del marco de sus competencias y dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente fallo, despliegue todas las actuaciones administrativas pertinentes y tendientes a establecer y/o determinar cuáles empleos al interior de la entidad pueden ser considerados como equivalentes a los de la OPEC no. 59844 de la convocatoria 436 de 2017, información que en el evento de ser procedente deberá reportar a la CNSC para lo de su competencia.
ii) A la CNSC que, dentro del marco de sus competencias y dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la información que llegara a reportar el SENA, previa verificación de los requisitos mínimos a que haya lugar, elabore la lista de elegibles para proveer los empleos vacantes que tengan equivalencia con la OPEC no. 59844 de la convocatoria 436 de 2017 en aplicación de la Ley 1960 de 2019.

La Sala respecto del segundo problema jurídico, consistente en determinar si hay lugar a realizar nombramiento y posesión del señor MANUEL ERNESTO RUBIANO CEPEDA en período de prueba en un empleo equivalente al previsto en la OPEC no. 59844 de la convocatoria 436 de 2017, considera que tal circunstancia no es posible porque en el evento que hubiera lugar a que la CNSC elabore una lista de elegibles no se tiene certeza del número de puesto ocuparía dentro de aquella y podría asistirle un mejor derecho a otro integrante, motivo por el cual no es procedente el amparo de los demás derechos invocados en el escrito de tutela.

Finalmente, se advierte respecto del derecho fundamental de petición, que las solicitudes elevadas por el accionante fueron resueltas por las entidades accionadas como bien se desprende de las transcripciones efectuadas por el actor en el escrito de tutela y que se corrobora con las pruebas allegadas y relacionadas en el correspondiente acápite de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección "C", administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo de primera instancia, proferido el dieciséis (16) de octubre de dos mil veinte (2020), por el Juzgado Treinta y Nueve (39)

Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., que amparó el derecho al debido proceso del señor MANUEL ERNESTO RUBIANO CEPEDA

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo del fallo impugnado el cual quedará así:

> i) ORDENAR al SENA que, dentro del marco de sus competencias y dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente fallo, despliegue todas las actuaciones administrativas pertinentes y tendientes con la finalidad de establecer y/o determinar cuáles empleos al interior de la entidad pueden ser considerados como equivalentes a los de la OPEC no. 59844 de la convocatoria 436 de 2017, información que en el evento de ser procedente deberá reportar a la CNSC para lo de su competencia.
>
> ii) Ordenar a la CNSC que, dentro del marco de sus competencias y dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la información que llegare a reportar el SENA, previa verificación de los requisitos mínimos que haya a lugar, elabore la lista de elegibles para proveer los empleos vacantes que tengan equivalencia con la OPEC no. 59844 de la convocatoria 436 de 2017 en aplicación de la Ley 1960 de 2019.

TERCERO: Notifíquese por el medio más expedito a la entidad accionada, a la parte accionante conforme al artículo 30 del Decreto No 2591 de 1991.

CUARTO: Dentro de los (10) diez días siguientes a la ejecutoria del fallo de segunda instancia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión *(Art. 32. Decreto. 2591/91).*

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.
Aprobado en Acta No.

SAMUEL JOSÉ RAMÍREZ POVEDA

CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL **AMPARO OVIEDO PINTO**

D.A.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, febrero doce (12) de dos mil veintiuno (2021)

Proceso:	**IMPUGNACIÓN DE TUTELA**
Accionante:	**ELIZABETH BARRERA BELLO**
Demandado:	**COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA,**
Asunto:	**CONCURSO PÚBLICO DE MÉRITOS**
Decisión:	**REVOCA – AMPARA EL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN**

ELIZABETH BARRERA BELLO, promovió la presente acción, tendiente a obtener por esta vía especialísima, la protección inmediata de sus derechos fundamentales que considera amenazados y/o vulnerados por parte de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA,** acción constitucional de la cual fueron integrados la totalidad de los aspirantes al empleo de carrera OPEC 59374, 58401, 58508, 58594, 59289, 59310, 59374, 59455, 59561, 59901, 60942, 59930, 60941, 60477, 60139, denominado Instructor Procesamientos de frutas y verduras, Instructor Grado 01, Convocatoria No. 436 de 2017 – SENA, así como a Diego Napoleón Herrera Cadavid integrante la lista de elegibles y Tulia Rosa Contreras Torres, quien ocupa en provisionalidad el empleo de la OPEC 59374 en el Centro de los Recursos Naturales Renovables -La Salada.

Previa deliberación sobre el tema el magistrado sustanciador **DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN;** presentó el proyecto de sentencia que es adoptado por los demás integrantes de la Sala de decisión.

ANTECEDENTES

La actora alega la vulneración a sus derechos fundamentales al debido proceso, el mérito, acceso a cargos y funciones públicas, a la igualdad, así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica.

En síntesis, expresó que mediante acuerdo No 20171000000116 del 24 de Julio de 2017, y su documento compilatorio, la CNSC convocó al proceso de selección de la convocatoria 436 de 2017,—SENA, ofertando entre otras 14 OPEC, con No 58401,58508,58594, 59289,59310, 59374,59455, 59561, 59901, 60942, 59930, 60941, 60477, 60139, todas para el cargo de instructor, código 3010 G 1 área en Procesamiento de frutas y verduras, señalando que tienen similitud funcional, pues comparten el mismo perfil denominación, código, grado, salarios, propósitos, requisitos mínimos, área temática y forma de prueba, pero difieren en la ubicación geográfica.

Precisó que concursó para la OPEC 58401 para la cual se ofreció 1 vacante, la que ya fue asignada a quien ocupó el 1° puesto en la lista de elegibles, sin embargo, la OPEC 59374, que corresponde al mismo empleo "Instructor en Procesamiento de frutas y verduras", corresponde a una vacante definitiva en tanto la lista presentó un único elegible, quien no tomó posesión del empleo, y en la actualidad está ocupada en provisionalidad.

Que desde el 9 de diciembre de 2019 ha solicitado el nombramiento en la plaza OPEC 59374 siendo negada aduciendo que la petición estaba incompleta, luego se emitió una respuesta incoherente. Señala que en el marco de la Ley 1960 de 2019 el empleo vacante debe proveerse con la lista vigente. Razones por las que solicita se emita una respuesta de fondo y concreta respecto a los hechos objeto de petición, se deje sin efecto el criterio unificado del 16 de enero de 2020 y que la CNSC brinde respuesta respecto a la equivalencia de las OPEC 58401 y 59374 y de ser equivalente se proceda al nombramiento de tal vacante.

En respuesta a la acción de tutela, **el SENA** señaló que dentro de la OPEC 58401 se ofertó 1 vacante ubicada en el Centro de la Innovación, la Agroindustria y el Turismo de la Regional Antioquia ubicado en el municipio de Rionegro – Antioquia, plaza para la cual la señora Elizabeth Barrera Bello ocupó el 2º puesto. Que en comunicado No 20191020121341 del 12 de marzo de 2019, la CNSC respecto a los empleos declarados desiertos expresó que no es posible prevernos con los integrantes de la lista para otro empleo.

Señalo que la lista de elegibles para la OPEC a la que aspiró la actora se conformó con 8 ciudadanos, ocupando la actora el puesto 2º; que el cargo para que aspira sea nombrada tiene diferentes requisitos de acceso, en particular la experiencia específica, además que existen otros participantes con mejor derecho.

La Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC expresó que no es la tutela el mecanismo par controvertir la legalidad de los actos administrativos, no hallándose satisfecho el requisito de subsidiariedad. Añadió que no es posible aplicar retroactivamente los criterios de la Ley 1960 de 2019, por lo que la convocatoria 436 de 2017 solo puede ser utilizada para proveer los empleos en ella ofertados. Que no es posible utilizar el criterio de "empleos equivalentes" en tanto el acuerdo del concurso dispuso que solo se utilizarían las listas de elegibles para proveer los mismos empleos, sin que el SENA haya reportado una vacante con los mismos criterios de la OPEC 58401.

Luego de integrarse el contradictorio con los señores Diego Napoleón Herrera Cadavid y Tulia Rosa Contreras Torres, producto de la decisión anulatoria de esta corporación, la señora **Contreras Torres** expuso que el amparo de tutela es improcedente por cuanto la actora hace parte de una lista de elegibles en una convocatoria adelantada con anterioridad al 27 de junio de 2019 (fecha de expedición de la ley 1960 de 2019),por lo que no es viable la aplicación de la equivalencia de empleos.

En esta instancia se recibió el escrito de **Wilson Bastos Delgado**, quien se anunció como participante de la convocatoria 436 de 2017 SENA, esto es como tercero interesado en esta acción constitucional, quien considera que las entidades accionadas restringen los derechos de la accionante con base en simples formalismos, por lo que no es posible acudir al criterio geográfico para negar la posibilidad de ocupar una plaza similar a aquella para la cual se superaron las etapas del concurso.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En decisión del A quo se negó el amparo de tutela, tras indicar que no se demuestra que para la OPEC que se postuló y aprobó el concurso de méritos la señora Elizabeth Barrera Bello exista una vacante, sin que sea procedente el nombramiento en otra OPEC que corresponde a una zona geográfica diferente.

Respecto a los derechos de petición elevados, expresó que ya se dio respuesta de fondo por tanto no existe vulneración actual o inminente a los derechos fundamentales de la actora.

Inconforme con la decisión fue impugnada por la accionante quien insiste en la violación a sus derechos fundamentales expresando que existe un defecto sustantivo y procedimental en la sentencia de tutela, por cuanto no se acogió el precedente jurisprudencial, como tampoco se valoró el material probatorio. Señaló que la acción de tutela es idónea para atacar las actuaciones en los concursos de mérito tal como lo establece la sentencia T 386 de 2016. Expresa que de cara a la Ley 1960 de 2019 es posible agotar las listas de elegibles con vacantes nuevas no convocadas. Que la ubicación geográfica no condiciona la equivalencia funcional de empleos, pues debe acudirse a un criterio funcional.

CONSIDERACIONES

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, instituyó en nuestro ordenamiento jurídico, la ACCIÓN DE TUTELA, como un instrumento sumario,

preferente, ágil y efectivo para que los ciudadanos hagan valer, mediante reclamación que se podrá formular en todo momento y lugar, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que los mismos se les esté vulnerando o se les vea amenazados por la acción o la omisión de los particulares o de cualquier autoridad pública, o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o respecto de quien lo invoca se encuentre en estado de subordinación o indefensión.

Para la procedencia de la acción de tutela se requiere, entre otros presupuestos, una actual violación o amenaza de los derechos fundamentales de las personas, naturales o jurídicas y para su prosperidad corresponde al accionante invocar y acreditar los hechos por cuya ocurrencia lesiona, sin discusión posible, un derecho de tal estirpe, o lo expone a un riesgo inminente de desconocimiento, ya sea por las autoridades públicas, o por los particulares, en los casos expresamente previstos por el legislador.

La acción de tutela tiene el carácter de residual y subsidiario, lo que hace necesario que se agoten unos filtros previos, esto es superar los requisitos de inmediatez y subsidiariedad, pues solo una vez aprobados se habilita al juez de tutela a efectuar el análisis de vulneración de derechos fundamentales que se alega.

El primero de ellos **– *inmediatez-*** se refiere al oportuno accionar en relación con el acto que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales, pues pese a no contar con un término para efectuar la presentación, debe existir necesariamente una correspondencia entre la naturaleza expedita de la tutela y su interposición.

En el caso concreto, los actos que se acusan como trasgresores de los derechos fundamentales son actuales, por cuanto la última de las respuestas a las peticiones de la acora, que se acusan como evasivas, data del 8 de julio del año en curso, siendo elevada la acción de tutela el 17 de noviembre, sin que haya

transcurrido un lapso superior a 6 meses, hallándose satisfecho el requisito de inmediatez.

Respecto al ***requisito de subsidiariedad***, por el cual se restringe el uso de la acción de tutela cuando existan otros medios de defensa judicial o cuando, aun existiendo, no sea eficaz ni idóneo para la protección del derecho o a pesar de brindar un remedio integral, sea necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

En el presente evento donde se alega la vulneración a diferentes derechos de estirpe constitucional, considera la Corporación que el análisis por vía de tutela resulta procedente, ya que, pese a la existencia de vías legales para atacar la legalidad de las actuaciones administrativas, dada la duración del proceso administrativo, las órdenes que eventualmente podría emitir la jurisdicción podrían ser tardías con miras a asegurar la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados a la tutelante.

También se hallan satisfechos los requisitos de legitimación en la causa, ya que la señora Elizabeth Barrera Bello afirma ser el directamente afectada con las decisiones del SENA y la CNSC, - legitimación por activa- y respecto a estas entidades públicas se demuestra haber adelantado diferentes derechos de petición tendientes a obtener el nombramiento en propiedad de un empleo objeto de concurso público de méritos; aunado a que al trámite de tutela se vinculó a aquellos que participaron del mismo concurso de méritos, así como a aquellos que tienen un interés directo con la plaza que cuestiona la actora, a saber al señor Diego Napoleón Herrera Cadavid, integrante la lista de elegibles y Tulia Rosa Contreras Torres, quien ocupa en provisionalidad el empleo de la OPEC 59374 en el Centro de los Recursos Naturales Renovables - La Salada. cumpliéndose así la legitimación por pasiva.

Así mismo, se resalta que la providencia que dio inicio al estudio de tutela ordenó la vinculación de todos aquellos participantes para las OPEC cuestionadas por

la actora. Pese a que no se demuestra la publicación de tal actuación en la página web de la convocatoria 436 de 2017, tal situación no afecta la debida integración del contradictorio, por cuanto con la presente acción no se busca la modificación del orden en la lista de elegibles, evento que sí requeriría la intervención de los demás ciudadanos concursantes (al respecto el auto de la Corte Constitucional 487 de 2019).

Cumplidos los presupuestos de procedibilidad del análisis en sede de tutela, corresponde a esta corporación determinar si existe vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso, derecho de petición y derecho al empleo de la actora, asuntos que serán abordados de cara al principio constitucional del mérito como fundamento del acceso al empleo público.

Al respecto es pertinente indicar que, conforme al artículo 125 de la Constitución, por regla general los empleos en las entidades estatales han de proveerse a través de concursos públicos de méritos, lo que busca que el proceso de selección sea transparente, equitativos y de público conocimiento; que los servidores que ocupen los cargos cuenten con experiencia, conocimiento y dedicación a fin de atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos.

Particularmente, sobre las reglas de los concursos de méritos, ha indicado la H. Corte que estos deben garantiza el principio de seguridad jurídica, imparcialidad y buena fe. Criterio expuesto en la sentencia SU 446 de 2011 y Reiterado en sentencias tales como T - 272 de 2012 y T - 147 de 2013 al indicar que la convocatoria es la norma reguladora de todo concurso, siendo vinculante para todos sus intervinientes, a saber la administración, los operadores que lo desarrollan, los concursantes, quienes deben respetar y observar todas las reglas y condiciones, al igual que los principios de la función pública, como la transparencia, la publicidad, la imparcialidad y las expectativas legítimas, así indicó la corte en sentencia T 147 de 2013:

> *"Dentro de este contexto, 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 que son obligatorias para todos, entiéndase administración y administrados-concursantes. Por tanto, como en ella se delinean los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento. La Corte Constitucional ha considerado, entonces, 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 autovinculación 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"*

Se evidencia pues que los concursos públicos desarrollan el principio al mérito, por lo que su funcionamiento ha de cumplir una serie de etapas reglas, tal como lo establece el artículo 31 de la Ley 909 de 2004,inciando con la convocatoria, luego el reclutamiento, aplicación de pruebas, elaboración de lista de elegibles y por último nombramiento en período de prueba de la persona que haya sido seleccionada por el concurso.,

Respecto a la última etapa – nombramiento- los Decreto 1227 de 2005 y 1894 de 2012 previeron que: "Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a 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"

Disposición que limitaba las posibilidades de nombramiento al empleo por el cual se concursó y durante la vigencia de la lista de elegibles. Restricción modificada

por la Ley 1960 de 2019 el sentido de establecer que, las listas de elegibles han de utilizarse para cubrir las vacantes ofertadas en el concurso, pero además las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad al inicio de la convocatoria de concurso en la misma entidad, así establece el artículo 6 de la mencionada ley, que modifica el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004:

> "*Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.*

Al respecto la CNSC en concepto del 22 de septiembre de 2020 estableció el criterio unificado "uso de listas de elegibles para empleos equivalentes", donde se definió qué ha de entenderse por mismo empleo y empleo equivalente; el primero de ellos se refiere a aquellos con "*igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC"*

Y respecto al ***empleo equivalente***, consagra una serie de parámetros con los cuales se determina que son "*aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan grado salarial igual, posean el mismo requisito de experiencia, sean iguales o similares en cuanto al propósito principal o funciones, requisitos de estudios y competencias comportamentales y mismo grupo de referencia de los empleos de las listas de elegibles.*

(Documento que puede consultarse en el link file:///C:/Users/USER/Downloads/CriterioUnificado_Uso_Listas_Elegibles_EmpleosEquivalentes.pdf)

En este mismo sentido la CNSC en acuerdo 165 de marzo 12 de 2020 definió que existe equivalencia de empleo: "*Cuando un cargo tiene asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente"*

La anterior situación de uso de las listas de elegibles en el marco de la Ley 1960 de 2019 fue analizada por la Corte Constitucional en sentencia T- 340 de 2020, en un caso con similares contornos, donde se pretendía acudir a una lista de elegibles para cubrir un empleo equivalente, para el cual no existía ciudadanos en orden de elegibilidad. Al respecto la alta corporación acudió al criterio unificado de la CNSC, y concluyó:

> *"En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente".*

De cara a los presupuestos expuestos se verificarán las alegaciones de la actora.

CASO CONCRETO

Expone la señora Barrera Bello que participó de la convocatoria 436 de 2017, aplicando para la OPEC 58401, donde se ofertó 1 vacante, en la que se conformó

la lista de elegibles a través de resolución 20182120186085 DEL 24-12-2018, la que aporta con el escrito de tutela, y da cuenta que ocupa el segundo lugar de elegibilidad.

También aportó la resolución 20182120191445 DEL 24-12-2018, que conforma la lista de elegibles para la OPEC 59374, integrada por un (1) ciudadano, el señor Diego Napoleón Herrera Cadavid. Respecto a tal plaza, aportó la resolución 187 de 2019, por la cual se niega el nombramiento del señor Herrera Cadavid al no cumplir con los requisitos para el desempeño del cargo (páginas 24/26 del escrito de tutela)

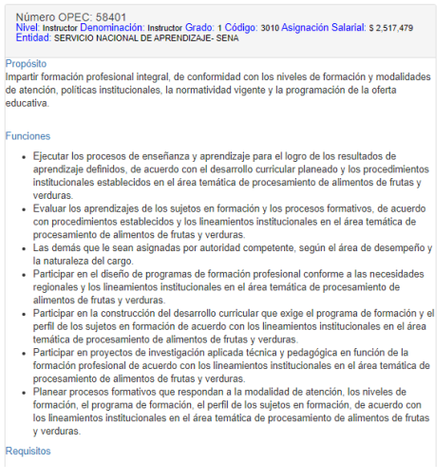
Además, se adosó el acuerdo de la CNSC N° 165 de marzo 12 de 2020, que reglamenta la conformación, organización y manejo del Banco Nacional de Listas de elegibles para el Sistema General de Carrera" según el cual existe una vacante definitiva, entre otros eventos cuando un empleo convocado sea declarado desierto, por falta de inscripción de aspirantes, los inscritos nos cumplan los requisitos exigidos, la lista de elegibles cuente con un número de aspirantes menor a las vacantes ofertadas, situación que se compadece con la situación del empleo con OPEC 59374 como se enunció en resolución 20182120191445 DEL 24-12-2018.

Ahora bien, la actora demostró que elevó diferentes peticiones al SENA donde solicitaba la debida conformación del banco de elegibles para la OPEC 59374 y su nombramiento en tal empleo. Se verifica que pese a ofrecer una respuesta, se relacionan datos errados y concluye que es improcedente el análisis de nombramiento de cara a una OPEC diferente a la cual aspiró en el concurso público.

Petición que también elevó a la CNSC y que fue respondida con el mismo criterio de aplicación prospectiva de la Ley 1960 de 2019, para aquellas convocatorias posteriores al 27 de junio de 2019.

Se destaca la respuesta dada por la CNSC el 8 de julio de 2020 que obra a folios 52/54 del escrito de tutela donde expone que para la declaración de desierto de un empleo se acude al decreto 1083 de 2015 y que la lista de elegibles de la OPEC 58401 solo tiene vigor para cubrir los mismos empleos ofertados, sin que sea posible acudir al empleo ofertado para la OPEC 59374, en tanto no corresponden al mismo empleo al estar ubicados en diferente zona geográfica.

Procedió la corporación a comparar las OPEC que relaciona la actora, N° 58401 que corresponde a aquella para la cual concursó y aprobó las etapas quedando en 2° orden de elegibilidad (resolución 20182120186085 DEL 24-12-2018 fls. 18/20 del escrito de tutela) con la OPEC 59374, para la cual solo aparece un ciudadano, quien no fue nombrado al no cumplir los requisitos (resolución 187 de 2019. fls. 24/26 del escrito de tutela), concluyendo que corresponden a empleos equivalentes al pertenecer al mismo nivel jerárquico, igual remuneración, poseen el mismo requisito de experiencia, tienen el mismo propósito principal y funciones, idénticos requisitos de estudios, así:



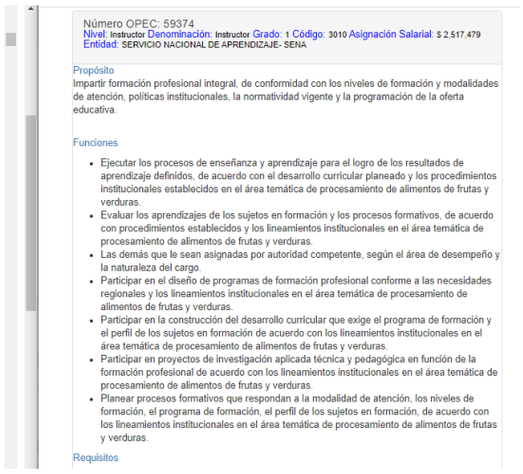
Número OPEC: 58401
Nivel: Instructor Denominación: Instructor Grado: 1 Código: 3010 Asignación Salarial: $ 2.517.479
Entidad: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA

Propósito
Impartir formación profesional integral, de conformidad con los niveles de formación y modalidades de atención, políticas institucionales, la normatividad vigente y la programación de la oferta educativa.

Funciones

- Ejecutar los procesos de enseñanza y aprendizaje para el logro de los resultados de aprendizaje definidos, de acuerdo con el desarrollo curricular planeado y los procedimientos institucionales establecidos en el área temática de procesamiento de alimentos de frutas y verduras.
- Evaluar los aprendizajes de los sujetos en formación y los procesos formativos, de acuerdo con procedimientos establecidos y los lineamientos institucionales en el área temática de procesamiento de alimentos de frutas y verduras.
- Las demás que le sean asignadas por autoridad competente, según el área de desempeño y la naturaleza del cargo.
- Participar en el diseño de programas de formación profesional conforme a las necesidades regionales y los lineamientos institucionales en el área temática de procesamiento de alimentos de frutas y verduras.
- Participar en la construcción del desarrollo curricular que exige el programa de formación y el perfil de los sujetos en formación de acuerdo con los lineamientos institucionales en el área temática de procesamiento de alimentos de frutas y verduras.
- Participar en proyectos de investigación aplicada técnica y pedagógica en función de la formación profesional de acuerdo con los lineamientos institucionales en el área temática de procesamiento de alimentos de frutas y verduras.
- Planear procesos formativos que respondan a la modalidad de atención, los niveles de formación, el programa de formación, el perfil de los sujetos en formación, de acuerdo con los lineamientos institucionales en el área temática de procesamiento de alimentos de frutas y verduras.

Requisitos



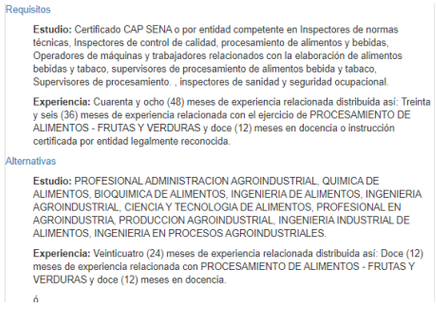
Número OPEC: 59374
Nivel: Instructor Denominación: Instructor Grado: 1 Código: 3010 Asignación Salarial: $ 2.517.479
Entidad: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA

Propósito
Impartir formación profesional integral, de conformidad con los niveles de formación y modalidades de atención, políticas institucionales, la normatividad vigente y la programación de la oferta educativa.

Funciones

- Ejecutar los procesos de enseñanza y aprendizaje para el logro de los resultados de aprendizaje definidos, de acuerdo con el desarrollo curricular planeado y los procedimientos institucionales establecidos en el área temática de procesamiento de alimentos de frutas y verduras.
- Evaluar los aprendizajes de los sujetos en formación y los procesos formativos, de acuerdo con procedimientos establecidos y los lineamientos institucionales en el área temática de procesamiento de alimentos de frutas y verduras.
- Las demás que le sean asignadas por autoridad competente, según el área de desempeño y la naturaleza del cargo.
- Participar en el diseño de programas de formación profesional conforme a las necesidades regionales y los lineamientos institucionales en el área temática de procesamiento de alimentos de frutas y verduras.
- Participar en la construcción del desarrollo curricular que exige el programa de formación y el perfil de los sujetos en formación de acuerdo con los lineamientos institucionales en el área temática de procesamiento de alimentos de frutas y verduras.
- Participar en proyectos de investigación aplicada técnica y pedagógica en función de la formación profesional de acuerdo con los lineamientos institucionales en el área temática de procesamiento de alimentos de frutas y verduras.
- Planear procesos formativos que respondan a la modalidad de atención, los niveles de formación, el programa de formación, el perfil de los sujetos en formación, de acuerdo con los lineamientos institucionales en el área temática de procesamiento de alimentos de frutas y verduras.

Requisitos



Requisitos

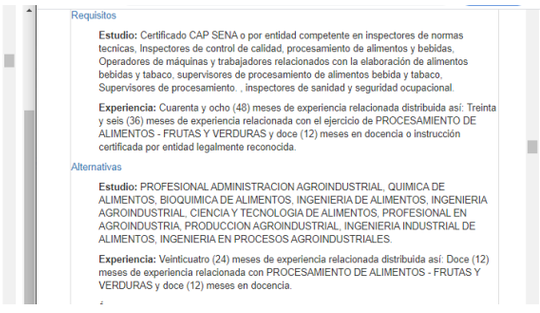
Estudio: Certificado CAP SENA o por entidad competente en Inspectores de normas técnicas, Inspectores de control de calidad, procesamiento de alimentos y bebidas, Operadores de máquinas y trabajadores relacionados con la elaboración de alimentos bebidas y tabaco, supervisores de procesamiento de alimentos bebida y tabaco, Supervisores de procesamiento. , inspectores de sanidad y seguridad ocupacional.

Experiencia: Cuarenta y ocho (48) meses de experiencia relacionada distribuida así: Treinta y seis (36) meses de experiencia relacionada con el ejercicio de PROCESAMIENTO DE ALIMENTOS - FRUTAS Y VERDURAS y doce (12) meses en docencia o instrucción certificada por entidad legalmente reconocida.

Alternativas

Estudio: PROFESIONAL ADMINISTRACION AGROINDUSTRIAL, QUIMICA DE ALIMENTOS, BIOQUIMICA DE ALIMENTOS, INGENIERIA DE ALIMENTOS, INGENIERIA AGROINDUSTRIAL, CIENCIA Y TECNOLOGIA DE ALIMENTOS, PROFESIONAL EN AGROINDUSTRIA, PRODUCCION AGROINDUSTRIAL, INGENIERIA INDUSTRIAL DE ALIMENTOS, INGENIERIA EN PROCESOS AGROINDUSTRIALES.

Experiencia: Veinticuatro (24) meses de experiencia relacionada distribuida así: Doce (12) meses de experiencia relacionada con PROCESAMIENTO DE ALIMENTOS - FRUTAS Y VERDURAS y doce (12) meses en docencia.



Requisitos

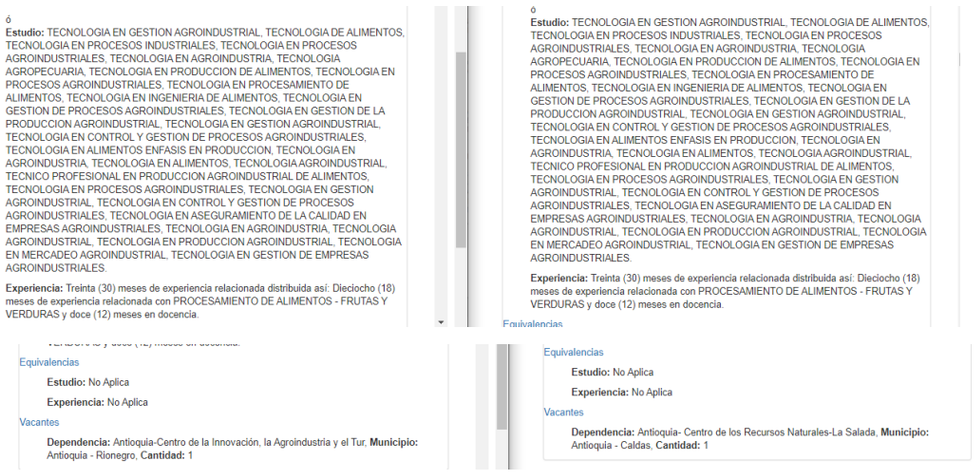
Estudio: Certificado CAP SENA o por entidad competente en inspectores de normas tecnicas, Inspectores de control de calidad, procesamiento de alimentos y bebidas, Operadores de máquinas y trabajadores relacionados con la elaboración de alimentos bebidas y tabaco, supervisores de procesamiento de alimentos bebida y tabaco, Supervisores de procesamiento. , inspectores de sanidad y seguridad ocupacional.

Experiencia: Cuarenta y ocho (48) meses de experiencia relacionada distribuida así: Treinta y seis (36) meses de experiencia relacionada con el ejercicio de PROCESAMIENTO DE ALIMENTOS - FRUTAS Y VERDURAS y doce (12) meses en docencia o instrucción certificada por entidad legalmente reconocida.

Alternativas

Estudio: PROFESIONAL ADMINISTRACION AGROINDUSTRIAL, QUIMICA DE ALIMENTOS, BIOQUIMICA DE ALIMENTOS, INGENIERIA DE ALIMENTOS, INGENIERIA AGROINDUSTRIAL, CIENCIA Y TECNOLOGIA DE ALIMENTOS, PROFESIONAL EN AGROINDUSTRIA, PRODUCCION AGROINDUSTRIAL, INGENIERIA INDUSTRIAL DE ALIMENTOS, INGENIERIA EN PROCESOS AGROINDUSTRIALES.

Experiencia: Veinticuatro (24) meses de experiencia relacionada distribuida así: Doce (12) meses de experiencia relacionada con PROCESAMIENTO DE ALIMENTOS - FRUTAS Y VERDURAS y doce (12) meses en docencia.



(Obtenidos en el link https://www.cnsc.gov.co/index.php/consulte-opec-436-de-2017-servicio-nacional-de-aprendizaje-sena)

Se precisa que la única diferencia radica en la dependencia y el municipio donde se ubican, aspecto que analizado conforme al criterio unificado de uso de lista de elegibles del 22 de septiembre del año en curso y de cara a la finalidad de los concursos públicos, para asegurar que la prestación del servicio público por personas calificadas, elegidas conforme al mérito como criterio de selección que dota de imparcialidad a la función pública, no resulta acertado, pues implica una vulneración al principio del mérito (artículo 125 Constitucional), desconoce el criterio de equivalencia de empleos, e impide a la actora y de los demás participantes que se encuentren en la misma condición, hacer valer su posición dentro del concurso de méritos 436 de 2017, teniendo presente que a través del mismo se busca el nombramiento en propiedad de los ciudadanos que agotaron las etapas del concurso.

Así las cosas, considera la corporación que se ha transgredido el derecho de petición en relación con la petición elevada al SENA el 23 de junio de 2020 (fls. 45/45 del escrito de tutela) donde se solicita se adelanten los trámites ante la CNSC, para que se declare desierta la convocatoria para el empleo OPEC 59374, toda vez que no se demuestra la existencia de una respuesta, en tanto aquellas que obran a folios 46/54 no presentan un pronunciamiento expreso a tal petición, se limitan a indicar la imposibilidad de tener por equivalentes los

empleos de las OPEC 58401 y 59374, en razón a que se ubican en municipios diferentes de Antioquia.

Se tutelará entonces el derecho de petición, ordenando al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, emita una respuesta a la petición elevada el 23 de junio de 2020, determinando el estado actual de la empleo identificado con OPEC 59374, respuesta que habrá de ser congruente con el contenido de la resolución N° 187 de 2019, por la cual se negó el nombramiento al único aspirante que conforma la lista de elegibles para tal empleo, si ésta ya cobró firmeza por agotamiento de los recursos ordinarios o extraordinarios que se hayan presentado; respuesta que además tendrá en cuenta el acuerdo 165 de marzo 12 de 2020, que establece los criterios de conformación, organización y manejo del Banco Nacional de Listas de elegibles, para tal efecto se concede un término de 15 días.

En el evento de determinar que se trata de una vacante definitiva, procederá conforme a la Ley 1960 de 2019 y el criterio unificador de uso de listas de elegibles para empleos equivalentes de septiembre 22 de 2020, sin que en razón de la disparidad de municipio anule la equivalencia de empleo, dando continuidad al trámite de nombramiento de aquellos ciudadanos que se encuentren en orden de elegibilidad dentro de la convocatoria 436 de 2017, lo que se realizará en un término no superior a 1 mes desde que se determine la vacancia del empleo OPEC 59374.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley; **REVOCA** la providencia impugnada, y en su lugar ampara el derecho fundamental de petición, disponiendo que en el término de 15 días emita una respuesta a la petición elevada el 23 de junio de 2020, determinando el estado actual de la empleo identificado con OPEC 59374, respuesta que habrá de ser congruente con el contenido de la resolución N° 187 de 2019, por la cual se negó el nombramiento al único aspirante que conforma la lista de elegibles para tal empleo, si ésta ya

cobró firmeza por agotamiento de los recursos o acciones constitucionales presentadas; respuesta que además tendrá en cuenta el acuerdo 165 de marzo 12 de 2020, que establece los criterios de conformación, organización y manejo del Banco Nacional de Listas de elegibles.

En el evento de determinar que se trata de una vacante definitiva, procederá conforme a la Ley 1960 de 2019 y el criterio unificador de uso de listas de elegibles para empleos equivalentes, sin que en razón de la disparidad de municipio anule la equivalencia de empleo, dando continuidad al trámite de nombramiento de aquellos ciudadanos que se encuentren en orden de elegibilidad dentro de la convocatoria 436 de 2017, lo que se realizará en un término no superior a un (1) mes desde que se determine la vacancia del empleo OPEC 59374.

NOTIFÍQUESE la decisión anterior a las partes en la forma y términos señalados en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 806 de 2020.

REMÍTASE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Los Magistrados,

DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN

MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA

ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA

SALA CIVIL ESPECIALIZADA EN RESTITUCIÓN DE TIERRAS

San José de Cúcuta, veintiséis de febrero del dos mil veintiuno.

Benjamin de J. Yepes Puerta
Ponente

Proceso:	Acción de Tutela
Accionante:	Patricia Jacqueline Niño Ramirez
Accionados:	Comisión Nacional del Servicio Civil y otro
Radicado:	54001312100220210000601
Instancia:	Segunda
Asunto:	El mérito como principio rector para el acceso al empleo público
Decisión:	Revoca y concede amparo
Providencia:	Sentencia T-02 de 2021.

La Sala, en calidad de juez constitucional, procede a decidir la impugnación formulada contra la sentencia del 04 de febrero del 2021, proferida por el **Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de San José de Cúcuta**, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1. Peticiones

Solicitó la actora la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad- y al acceso al empleo público- y que como consecuencia se ordenara a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Gobernación Departamental del Norte de Santander *"realicen los trámites administrativos pertinentes para dar cumplimiento*

a lo previsto en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles conformada mediante Resolución № 8886 DE 2020 15-09-2020 respecto al cargo Secretario, Código 440, Grado 4 identificado con el Código OPEC No. 48369 uno de los empleos que se encuentran en provisionalidad, encargo, o vacantes, teniendo en cuenta que el mismo fue convocado a concurso y la lista se encuentra vigente."

1.2. Hechos

Relató la accionante que participó del "Proceso de Selección No. 805 de 2018 – Convocatoria Territorial Norte" de 2018 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, dirigido a proveer plazas ofertadas para el empleo Secretario, Código 440, Grado 4 OPEC 48369, al servicio de la Gobernación Departamental del Norte de Santander, el cual culminó con la elaboración de la lista de elegibles- en la que en principio alcanzó el sexto lugar- y en la actualidad ocupa el primero por la recomposición automática de la misma.

Igualmente manifestó que el 19 de octubre del 2020 presentó un derecho de petición ante la Gobernación en cuestión en el que solicitó que se le informara: i) si los aspirantes relacionados en la lista de elegibles en los primeros 5 lugares tomaron posesión del cargo ofertado, ii) si los mismos la aceptaron, iii) si alguno de ellos solicitó prórroga para el nombramiento, y en caso positivo el tiempo pedido, y iv) el número de empleos que existen dentro de la planta de personal de esa entidad, para el cargo de su interés y equivalentes al mismo, con discriminación del número de vacancias- y especificación de si éstas eran definitivas o temporales el cual fue resuelto el 24 de noviembre de ese año, en el que se le puso en conocimiento que los que ocuparon las 5 primeras posiciones fueron nombrados en período de prueba, de los cuales 4 tomaron posesión del cargo y 1 persona solicitó prórroga por 90 días para hacerlo- y que ese ente cuenta con 12 empleos con la misma denominación indagada, de los que 4 tienen

titular de carrera administrativa pero con vacancia temporal provista por provisionalidad, 1 se encuentra en igual condición mas con la titularidad de quien accedió en propiedad, 4 con servidores en período de prueba, 1 vacante definitiva ocupada por provisional a la espera del ingreso de la nombrada que demoró su posesión, y 2 cargos disponibles en forma definitiva empero con nombramiento en la misma modalidad que la anterior.

Por otra parte reseñó que el 27 de noviembre del 2020 presentó una nueva petición ante la entidad territorial, a fin de que se le nombrara en alguna de las dos vacantes definitivas ocupadas en provisionalidad por cuenta del lugar en el que se encuentra en la lista de elegibles para el cargo- el cual no le fue resuelto- e igualmente que el 19 de octubre de ese mismo año hizo lo propio ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, formulando solicitudes similares a las elevadas en la primera petición presentada ante la Gobernación, el cual tampoco fue contestado.

Adujo, luego de traer a colación lo dispuesto en el artículo 6º de la ley 1960 del 2019, así como una extensa relación de decisiones por distintas autoridades judiciales del país, destacando entre ellas la sentencia T-340 del 2020 de la Corte Constitucional, que por superar todas las etapas del proceso y por el lugar que ocupa en la lista, le asiste el derecho a ser tenida en cuenta para ingresar a alguna de las vacantes del cargo que no han sido provistas.

1.3. Actuación Procesal

1.3.1. Admitida la acción, se corrió traslado a las demandadas para que ejercieran sus derechos de defensa y contradicción[1], así como a las personas que ocupan los doce cargos del empleo al que aspira la accionante- y a quienes conforman la lista de elegibles para proveer definitivamente el mismo.

[1] Consecutivo N° 7, Expediente del Juzgado.

1.3.2. La Gobernación Departamental del Norte de Santander ofreció contestación indicando en concreto que se oponía a lo pretendido por la actora, pues a la fecha existe un acto administrativo en vista de que esa entidad resolvió la petición allegada el 27 de noviembre del 2020- y le indicó a esta que no le era aplicable la modificación introducida por la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, toda vez que el proceso de selección 805 se expidió antes de la entrada en vigencia de dicha norma, por lo que la discusión de ese acto administrativo debía darse dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, donde puede solicitar medidas cautelares, de modo que ante la existencia de ese mecanismo judicial- y la ausencia de un perjuicio irremediable, se tornaba improcedente la acción formulada.

De igual forma hizo mención a que la Ley tiene efectos de irretroactividad, por ser esa la consecuencia general inmediata en el tiempo de una nueva ley, de forma que al haberse efectuado la convocatoria en la que participó la accionante en el 2018, las normas que le eran aplicables correspondían a las vigentes a ese momento, entre ellas el numeral 4 del artículo 31 la Ley 909 de 2004, el cual señalaba - sin la modificación de la Ley 1960 del 2019 - que la utilización de las listas de elegibles se dirigiría a cubrir las vacantes para las cuales se efectuó el concurso, por lo que no era posible aplicar restrospectivamente la modificación legislativa que se introdujo posteriormente.

Por último, estimó carecer de legitimación en la causa por pasiva, arguyendo que todo lo relacionado con el concurso es de competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

1.3.3. Por su parte, la Comisión Nacional del Servicio Civil descorrió el traslado de la demanda exponiendo que la acción propuesta no responde al principio de subsidiariedad, puesto que la

inconformidad de la accionante radica en la normatividad que rige el concurso frente a la vigencia, firmeza y el uso de las listas de elegibles, y dichas situaciones se encuentran reglamentadas tanto en los Acuerdos del concurso, como en el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, por lo que la misma no era la vía idónea para cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos.

Así mismo, señaló que la Ley 1960 del 2019 rige a futuro y no de manera retrospectiva, pues aceptar esto último contraviene lo dispuesto en los artículos 52 y 53 de la Ley 4 de 1913, mientras el artículo 7º de la ley en cuestión dispuso expresamente que la misma entraría en vigencia a partir de su publicación el 27 de junio del 2019, aunado a que el legislador no contempló dicha aplicación temporal de los efectos de la norma- y adicionalmente, la situación no correspondía a la de consecuencias jurídicas no consolidadas, pues las etapas de la Convocatoria se encontraban agotadas.

Tras defender la aplicación del citado Criterio Unificado, señaló que en el Proceso de Selección en cuestión, la Gobernación de Norte de Santander ofertó 5 vacantes para proveer el empleo pretendido por la accionante, en el que mediante Resolución No. 20202210088865 del 15 de septiembre de 2020, se conformó la lista de elegibles, la cual estará vigente hasta el 27 de septiembre de 2022, por lo que esta última, al ocupar el sexto lugar, no se ubicó en una posición meritoria para ser nombrada en el empleo.

De igual forma, hizo referencia a la sentencia T-340 del 2020 proferida por la Honorable Corte Constitucional, concluyendo que la simple pertenencia a una lista de elegibles no configura un derecho particular y concreto para ser nombrado en periodo de prueba, ya que para que aquello sea procedente debe existir la vacante definitiva en las mismas condiciones que las ofertadas en el Concurso de Méritos, la

lista requiere continuar vigente y se debe ser el siguiente en estricto orden de ella[2].

Finalizó expresando que la entidad territorial accionada no ha reportado vacantes adicionales a las ofertadas en el proceso de selección- que cumpliesen con el criterio de mismos empleos, con la acotación de que la demandante se encuentra sujeta no solo a la vigencia sino al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad depende de las situaciones administrativas que pueden ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad- y, adicionalmente no se ha formulado solicitud de autorización de uso de la lista para proveer vacante alguna.

Así, solicitó que se declarara la improcedencia de la acción por no existir vulneración de los derechos fundamentales.

1.3.4. Los terceros con interés legítimo que fueron vinculados al trámite, a pesar de haber sido notificados en debida forma[3] [4] guardaron silencio.

1.4. Fallo de primera Instancia

El *a quo*, luego de retraer la específica pretensión de la accionante, dio cuenta de la subsidiariedad de la acción de tutela como requisito general de procedencia de la misma, concretando al respecto que la legalidad o ilegalidad de la actuación de la administración constituye un debate que debe tramitarse ante ella interponiendo los respectivos recursos, o frente la jurisdicción de lo contencioso administrativo- y en particular las discusiones referidas a un proceso de selección frente al desconocimiento de las reglas que rijan el mismo, solo resultan susceptibles de ser ventiladas a través de este

[2] Consecutivo No. 12- Archivo titulado “20211400112801.pdf” Pag.11 Ibid.
[3] Consecutivo No. 17 Ibid.
[4] Consecutivo No. 12- Archivo titulado “Correo_ Diana Milena Silva Fuquen - Outlook.pdf” Ibid.

mecanismo excepcional cuando el medio ordinario no sea eficaz e idóneo para la protección inmediata de los derechos fundamentales.

Tras partir de dicha premisa, descendió al caso particular y consideró que la gestora del amparo contaba con la posibilidad de acudir a la vía judicial idónea ante la jurisdicción contencioso administrativa, lo que adicionalmente le permitía solicitar como medida cautelar de urgencia la suspensión de la ejecución del acto demandado, medio en donde podría controvertir los actos administrativos que reglamentan o ejecutan el proceso de concurso de méritos, y por ende las actuaciones de las demandadas.

En esa misma línea subrayó que la actora no acreditó el perjuicio irremediable al que se enfrentaría, pues únicamente señaló que se le causaría una afectación moral y económica grave, sin allegar prueba sumaria que lo soportara, mientras el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con el que cuenta es idóneo y eficaz, sin que demostrara alguna restricción económica que le impidiera acudir a él, mientras la lista de elegibles tiene una vigencia de dos años, por lo que vencerá el 27 de septiembre de 2022, lo que le permite contar con el tiempo y con la posibilidad de acudir al referido mecanismo de defensa judicial.

Por otra parte, estimó que aunque del recuento fáctico se denotaba en principio algún compromiso del derecho fundamental de petición por la falta de resolución de las solicitudes formuladas ante las accionadas, en el trámite de instancia las mismas emitieron contestación de fondo a estas y fueron puestas en conocimiento de la demandante, con lo que se configuró una carencia actual de objeto por hecho superado.

Bajo la anterior motivación, declaró improcedente la acción pública incoada por hecho superado, respecto al derecho de petición- y negó por improcedentes las pretensiones formuladas por la actora.

1.5. Impugnación

Inconforme con lo resuelto, la demandante impugnó, argumentando en síntesis que el fallo desconoció el precedente judicial establecido por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia T-340 del 2020, así como en más de 45 decisiones emitidas por tribunales y juzgados del país, e incluso por el Honorable Consejo de Estado, sin que el fallador ofreciera la razones por las cuales se apartó de las decisiones en las que se trataron casos análogos al suyo, desconociendo los requisitos de transparencia y suficiencia para hacerlo- y resaltando que la conclusión del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional fue que el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 del 2019, respecto del uso de la lista de elegibles, generaba su aplicación retrospectiva, pues quienes ocuparon un lugar en ese listado que excedía el número de vacantes a proveer ostentan una situación jurídica no consolidada.

De otra parte destacó que, con posterioridad a que se profiriera la referida sentencia por la Corte, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un nuevo criterio unificado, el 22 de septiembre del 2020, y también el Acuerdo No. 00013 del 22 de enero del 2021, en los que incluyó la posibilidad de que se utilizaran las listas de elegibles cuando durante su vigencia se generaran nuevas vacantes en el mismo empleo, o en uno equivalente, por lo que al existir 2 vacantes definitivas del idéntico empleo provistas por nombramiento provisional, le asiste el derecho a ser nombrada en alguna de ellas.

Seguidamente consideró que la acción de tutela sí se mostraba procedente por estar frente a un perjuicio irremediable, reprochando que el *a quo* no valorara que se hallaba en una situación especial, pues se estaban afectando no solamente sus derechos sino también los de su familia, ya que tiene una hija menor de edad, trayendo a colación la sentencia T-059 del 2019, en la que se señaló que cuando se plantea

una tensión que involucra el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y ello en forma notoria supera el ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, se hace necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales.

Solicitó que se revocara la decisión de primer grado, y en su lugar de tutelaran los derechos invocados.

II. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde determinar en el *sub examine* si resulta viable confirmar o revocar la decisión de instancia, estudiando en principio la procedencia de la acción interpuesta frente al requisito de subsidiariedad- y de ser posible su estudio de fondo, si las demandadas vulneraron los derechos fundamentales cuya protección reclamó la accionante.

Para resolver el problema jurídico planteado, habrán de tenerse en cuenta las siguientes:

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia. Es competente la Sala para conocer de esta acción constitucional en segunda instancia y proferir el presente fallo, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política y los Decretos 2591 de 1991 y 1382 de 2000 compilado en el Decreto 1069 de 2015, modificado a su vez por el Decreto 1983 de 2017, por cuanto este Colegiado funge como superior funcional de quien profirió la sentencia impugnada.

3.2. La acción de tutela. El artículo 86 de la Constitución Política estableció la tutela como mecanismo excepcional, definitivo e inmediato, para la protección de las garantías fundamentales cuando

en el ordenamiento jurídico no exista otro medio alternativo de defensa judicial, idóneo y eficaz, esto es, que sea de igual o mayor efectividad para lograr el amparo del derecho vulnerado o amenazado por la acción o la omisión de cualquier autoridad o de los particulares en algunos casos concretos.

3.3. El principio de subsidiariedad en la acción de tutela contra los actos administrativos dictados dentro de un concurso de méritos. El inciso 3º de la misma norma superior estableció como limitante a la procedencia de la acción el que el afectado no dispusiera de otro medio de defensa judicial, salvo que esta se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En consonancia con lo anterior, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 contempla que la existencia y la eficacia de dichos medios alternativos de defensa judicial deben ser apreciadas en concreto, considerando las circunstancias particulares en las que se encuentre el peticionario de la tutela, lo que impone la imposibilidad de predicar la improcedencia de este excepcional mecanismo de protección desde la concepción abstracta de la presencia de herramientas adicionales.

Partiendo de ese derrotero, por cuenta de la subsidiariedad de la acción de tutela, este mecanismo, por regla general, no procede contra los actos de la administración producidos al interior de un concurso de méritos, puesto que el legislador ha establecido herramientas para controlar dichas actuaciones en la Ley 1437 del 2011- y en uso de aquellas es posible la utilización de medidas cautelares de tipo preventivo, conservativo, anticipativo o de suspensión[5].

Sin embargo, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional[6] ha dado cuenta de la excepcional procedencia de esta acción pública "*para cuestionar actos administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos, y que, más allá de la causal del*

[5] Artículo 230.
[6] Sentencia T-340 del 2020.

perjuicio irremediable, cabe examinar la eficacia en concreto del medio existente y de la viabilidad sumaria de las medidas cautelares, teniendo en cuenta, como ya se dijo, la naturaleza de la disputa, los hechos del caso y su impacto respecto de derechos, principios o garantías constitucionales, siendo, prevalente, en este escenario, la protección del mérito como principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático."

3.4. La fuerza vinculante del precedente judicial dictado por la Corte Constitucional en control abstracto. Los artículos 228 y 230 de la Constitución Política disponen que los jueces de la República gozan de autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones y en sus providencias, encontrándose sometidos únicamente al imperio de la Ley, entendiendo esta en el sentido amplio referido al ordenamiento jurídico, en el que se encuentran las decisiones emitidas por los órganos de cierre de cada jurisdicción, que en su labor de unificar la jurisprudencia, convierten sus decisiones en precedente judicial, comprendiéndolo en términos de la Corte Constitucional[7], como "*la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo"*.

Su valía al interior del Estado de Derecho se ve representada en que la aplicación del ordenamiento jurídico, por aquellos encargados de hacerlo desde administración de justicia, sea coherente, de modo que ofrezca confianza y seguridad a los ciudadanos que acuden a la jurisdicción, con la garantía de un trato igualitario que descarte el que las decisiones judiciales se funden en razones arbitrarias o caprichosa.

Ahora bien, tratándose de fallos emitidos por la Honorable Corte Constitucional en ejercicio del control concreto, la misma jurisprudencia

[7] Sentencia SU354 del 2017.

de esa Corporación[8] ha señalado que las sentencias de tutela dictadas por ella resultan obligatorias en su *ratio decidendi*, la cual "*sustenta la decisión en el caso concreto y se prefigura como una prescripción que regulará los casos análogos en el futuro"*, derivado ello de su labor de fijar el contenido y alcance de las disposiciones superiores, y del principio de igualdad.

No obstante, la jurisprudencia constitucional[9] también ha dado cuenta de la posibilidad de que en determinados eventos una autoridad judicial pueda distanciarse del precedente, como expresión de la autonomía concedida constitucionalmente, pero con el imperioso desarrollo de un ejercicio de contra-argumentación, en el que se cumplan dos requisitos a saber: i) transparencia: hacer referencia expresa a la existencia del precedente, y ii) suficiencia: exposición de razones adecuadas y válidas que sustenten que el precedente ha perdido vigencia para resolver asuntos futuros, por cambios normativos o por la simple transformación social.

3.5. El mérito como principio rector del acceso al empleo público. De acuerdo al artículo 125 de la Carta, el mérito constituye el criterio principal para el acceso a los empleos y órganos del Estado en sus diferentes ramas, concretado en el sistema de carrera y en la realización de concursos para el ingreso a los cargos públicos.

Tal norma constitucional se ve desarrollada en la Ley 909 del 2004, que en su artículo 2, numeral 2, eleva el mérito, junto a las calidades personales y a la capacidad profesional, como elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública.

Al respecto, la Corte Constitucional en sus decisiones[10] ha identificado tres propósitos en el rango superior asignado al mérito

[8] Sentencia SU118 del 2018.
[9] Ibid.
[10] Sentencia T-340 del 2020.

como principio para el ingreso a los empleos públicos, las cuales corresponden a: i) El aseguramiento de los fines del Estado y de la función administrativa, ii) La materialización del derecho de los ciudadanos para acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, y iii) La igualdad en el trato y en las oportunidades.

3.6. La Ley 1960 del 2019 y su aplicación retrospectiva. El artículo 130 de la Carta Política, y el artículo 7 de la Ley 909 del 2004, designó a la Comisión Nacional del Servicio Civil la administración y vigilancia del sistema de carrera, excepto aquellas con carácter constitucional especial.

Así mismo, el artículo 31 de tal Ley definió las etapas de los procesos de selección adelantados por dicho ente, las cuales corresponde a) La convocatoria, suscrita por la CNSC y por la entidad u organismo público que busque satisfacer las necesidades de personal; b) El reclutamiento, diseñado para la inscripción de los aspirantes que cumplan con los requisitos del cargo convocado; c) Las pruebas, a fin apreciar la capacidad, aptitud, idoneidad y adecuación de los participantes, y su clasificación; d) La elaboración de la lista de elegibles, por estricto orden de mérito, con vigencia de dos años para cubrir las vacantes; y e) El nombramiento en período de prueba de la persona que haya sido seleccionada por el concurso.

En lo atinente a las listas de elegibles, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1227 del 2005, para regular parcialmente la aludida Ley, el cual a su vez fue modificado en su artículo 7 por el Decreto 1894 del 2012- y que en su contenido dispuso en concreto que dichos listados elaborados como resultado de los procesos de selección, solo podrían ser utilizados en su vigencia para la provisión de los cargos que fueran ofertados en la convocatoria que dio lugar al concurso.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 1960 del 2019 el 27 de junio de ese mismo año, se modificó la Ley 909 del 2004, y en

concreto se surtió un cambio en las reglas referidas a la utilización de las listas de elegibles, habilitando la posibilidad de su uso, incluso para vacantes definitivas que surgieran con posterioridad a la convocatoria en la misma entidad.

Sobre la aplicabilidad en el tiempo de dicha Ley, la Honorable Corte Constitucional, a través de la sentencia T-340 del 2020, definió lo atinente a ella, considerando que aquellas personas que hacen parte del listado, pero que por su posición en la misma excedía el número de vacantes a proveer, contaban con una situación jurídica no consolidada, que permitía la aplicación retrospectiva de la Ley por regular un aspecto que no se encontraba definido antes de su entrada en vigencia. En concreto se concluyó que "*con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente*."

IV. CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio la señora Patricia Jacqueline Niño Ramirez promovió la acción en contra de la Gobernación Departamental del Norte de Santander y de la Comisión Nacional del Servicio Civil, por considerar que las mencionadas entidades vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad- y al acceso al empleo público, al negarse a utilizar la lista de

elegibles en la que ella ocupa el primer lugar para proveer el cargo de Secretario, Código 440, Grado 4 identificado con el Código OPEC No. 48369, en las vacantes definitivas que existen en la planta de personal del ente territorial.

Sobre ello, el juzgado de instancia consideró en síntesis que la acción propuesta no respondía al principio de subsidiariedad, pues el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ofrecido en la Jurisdicción de lo contencioso administrativo era idóneo y eficaz para discutir lo solicitado por la actora, en donde incluso contaba con la posibilidad de pedir medidas cautelares, luego de que tampoco acreditara la existencia de un perjuicio irremediable.

El disenso de la impugnante se circunscribe en su insistencia en las razones expuestas en su demanda, por las que estima que la acción de tutela sí procedía, amparada tanto en la presencia de un perjuicio irremediable como en el precedente trazado por la Corte Constitucional, del cual sostuvo que se separó el fallador.

Así las cosas, el aspecto controvertido a ser dirimido recae inicialmente en la satisfacción del principio de subsidiariedad de la acción de tutela formulada, conforme lo acreditado en el trámite.

Se tiene entonces de lo relatado y aportado por la actora en su libelo tutelar, lo cual incluso fue corroborado por las accionadas, que esta participó del Proceso de Selección No. 805 de 2018 – Convocatoria Territorial Norte de 2018, aspirando al cargo de Secretario, Código 440, Grado 4 identificado con el Código OPEC No. 48369, de la Gobernación Departamental del Norte de Santander, que concluyó con la elaboración de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 8886 del 15 de septiembre del 2020 proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en la que ocupó el sexto puesto[11], siendo provistas las cinco vacantes ofertadas en la convocatoria con el

[11] Consecutivo No. 2 Archivo titulado “PRUEBA_20_1_2021 9_56_14.pdf” Expediente del Juzgado

nombramiento en período de prueba de los primeros cinco ocupantes del listado, quienes lo aceptaron y cuatro de ellos se posesionaron mientras la restante solicitó prórroga para hacerlo hasta el 21 de marzo del 2021, generándose con posterioridad al concurso dos vacantes definitivas que se encuentran ocupadas con nombramiento en provisionalidad[12]- y la evidente negativa de las accionadas a conceder lo pretendido por la gestora[1314].

De lo anterior se colige que en efecto la pretensión de la actora se encaminaba a discutir actuaciones de la administración, lo que permitía *prima facie* concluir la existencia de mecanismos ordinarios de defensa judicial idóneos y eficaces, que impidieran la satisfacción del principio de subsidiariedad, deducción a la que arribó el *a quo*.

Sin embargo, es llamativo que aun cuando la accionante en la demanda puso en conocimiento del juzgador la existencia de un precedente aplicable al caso por sus similitudes fácticas, correspondiente a la sentencia T-340 del 2020 proferida por la Honorable Corte Constitucional, en el que, entre otras cosas, se habían definido criterios a tener en cuenta para determinar la eficacia de los medios ordinarios de defensa, ningún razonamiento se ofreció sobre el particular en el fallo recurrido, sin justificar las razones por las cuales arribó a una conclusión distinta que aquella a la que llegó la Alta Corporación en cuanto al requisito subsidiariedad en una acción de tutela análoga a la objeto de estudio[15], en la que se estableció que al ocupar el interesado el primer lugar de una lista de elegibles la controversia recae sobre el principio del mérito como garantía de acceso a la función pública, siendo necesaria una decisión pronta, eficaz y que asegure la protección de los derechos fundamentales, así como también que no es posible impedir el análisis de tal discusión por razones meramente formales que excluyan un principio fundante del Estado colombiano, y adicionalmente que de resultar vencida la lista de

[12] Archivo titulado “PRUEBA_20_1_2021 9_58_40.pdf” Ibid.
[13] Consecutivo No. 12- Archivo titulado “120203201130282_00003.pdf” Ibid.
[14] Consecutivo No. 19 Ibid.
[15] III Revisión por parte de la Corte Constitucional, subtítulo 3.3.4.

elegibles durante el trámite del proceso ordinario se conseguiría al final solo el derecho a una compensación económica que desconocería la obligación del Estado de velar por el goce efectivo de los derechos, descartando finamente que las medidas cautelares disponibles fueran eficaces para la situación en concreto.

De esto se extrae que no se reconoció la existencia del precedente judicial vigente y aplicable a la materia- a pesar de lo novedoso ni tampoco se ofrecieron razones válidas y suficientes para separarse de él, habiéndosele puesto de presente por la propia accionante, por lo que en primera medida le asiste la razón a la accionante cuando reprochó tal situación, proceder que resultó injustificado por no responder a los requisitos de transparencia y suficiencia trazados por la jurisprudencia constitucional.

Más allá de tal circunstancia, la misma no satisface automáticamente el requisito de subsidiariedad de la acción, pues los lineamientos que ha brindado la Corte sobre tal tópico obligan a verificar *la naturaleza de la disputa, los hechos del caso y su impacto en derechos, principios o garantías constitucionales*.

Es de tener en cuenta que, a la luz de la jurisprudencia constitucional[16], esta excepcional acción se erige como el escenario preferente para proteger el mérito como principio fundante de un Estado social y democrático de derecho.

En ese orden de ideas debe valorarse que la esencia de la protección pretendida corresponde a que, por cuenta del mérito que la llevó a ocupar en este momento el primer lugar en la lista de elegibles por la recomposición automática de esta, se le permita acceder a los cargos públicos que se encuentran vacantes definitivamente en la Gobernación Departamental del Norte de Santander.

[16] Sentencias T-059 del 2019 y T-340 del 2020.

Las circunstancias antes relacionadas denotan que la posición en la cual se encuentra la accionante en la actual lista de elegibles la ubican en un lugar preferente de mérito, luego de que las vacantes que fueron ofertadas en la convocatoria se proveyeran con los nombramientos de los cinco primeros lugares del listado, centrándose su discusión en que, aún cuando existen vacantes definitivas, la administración le ha impedido ingresar a alguna de ellas, por lo que *la naturaleza de la disputa* se enmarca en un asunto de contenido constitucional más que de rango administrativo sobre las reglas del concurso, por causa del carácter predominante del mérito como principio para el acceso al empleo público, aunado que dichos hechos tendrían *impacto en derechos fundamentales* tales como el debido proceso, por ejecutarse el concurso con desconocimiento del marco normativo superior, restringiendo a su vez el que la demandante pudiera desempeñarse laboralmente al servicio del Estado- y con ello obtuviera un ingreso y una estabilidad económica que brindaran satisfacción a sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar, con lo que la actuación reprochada surtiría efectos en garantías como el trabajo y el mínimo vital, condiciones bajo las que prevalece este excepcional mecanismo para ventilar la solicitud de amparo.

Aunado a lo anterior, el medio judicial ordinario no resulta eficaz por cuanto la lista de elegibles tiene una duración relativamente corta- y en el caso *sub examine* las demandadas expusieron que aquella de la que hace parte la actora se encontrará vigente hasta el 27 de septiembre del 2022, es decir, por 19 meses más, de modo que las vicisitudes propias del regular curso procesal de las actuaciones judiciales generan el riesgo de que al momento de producirse una decisión definitiva en la jurisdicción de lo contencioso administrativo el listado pierda su vigencia, y se muestre nugatorio el disfrute del derecho cuyo amparo pretende, sin que las medidas cautelares garanticen una protección de las prerrogativas discutidas, pues aquellas de carácter conservativo no son procedentes por tratarse de la reclamación de una prerrogativa que ha sido negada por parte de la

administración, mientras las anticipativas se supeditan a la ocurrencia de un daño mayor, que para el caso no se tendría por presentado por cuanto ni se enunciaron supuestos que pudieran configurarlo- ni se acreditaron circunstancias de vulnerabilidad que lo ilustraran- y para las suspensivas la controversia no se retrae a la simple confrontación de normas que lleve a la interrupción de los efectos de un acto administrativo, pues incluso la Corte Constitucional en el citado precedente dio cuenta de que la discusión no correspondía a una evidente oposición normativa- sino a una controversia en la que se solicita darle aplicación directa al criterio de mérito introducido por la Constitución, ante la producción de un tránsito legislativo en un concurso de méritos, lo que no habilitaría esas medidas de cesación conforme lo previsto en el C.P.A.C.A.[17] y en la jurisprudencia del Consejo de Estado[18].

En conclusión, siendo la acción de tutela el escenario prevalente para proteger el principio del mérito, y careciendo de la misma o mayor eficacia los medios ordinarios de defensa judicial, procede esta como mecanismo principal de protección de las garantías *iusfundamentales* invocadas, contrario a lo estimado en el fallo confutado.

Bajo ese entendido, corresponde a la Sala como juez constitucional, garante de los derechos fundamentales, determinar si con la conducta atribuida a las accionadas se han desconocido los mismos a la accionante.

Palmario es que la Gobernación Departamental del Norte de Santander y la Comisión Nacional del Servicio Civil han denegado a la demandante la utilización de la lista de elegibles en la que ella ocupa el primer lugar, para proveer las vacantes definitivas que se presentan en el cargo Secretario, Código 440, Grado 4 identificado con el Código

[17] Artículo 231.
[18] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 16 de mayo de 2018, radicación 11001-03-25-000-2016-00178-00 (0882-16): "*(…) determinar si los apartes acusados del art. 3º del Decreto 1507 de 2014, vulneran efectivamente los derechos contemplados en las normas constitucionales y pactos internacionales, invocados por el demandante,* es un asunto que no se evidencia con la simple confrontación *como lo dispone el art. 231 del CPACA, sino, que requiere el ejercicio de análisis ponderado en la sentencia."*

OPEC No. 48369 de la entidad territorial, bajo el argumento de que dicho listado podía ser usado únicamente para los mismos cargos ofertados en la convocatoria pública- y resistiéndose a aplicar lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1960 del 2019 que habilita su uso incluso para vacancias surgidas con posterioridad.

Se tiene comprobado que el concurso público del que participó la actora nació a la vida jurídica con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 del 2019, así como también que el lugar que ocupó excedía el número de plazas ofertadas en la convocatoria.

Tales circunstancias ilustran que, conforme lo reglado por la Honorable Corte Constitucional en la *ratio decidendi* de la sentencia T-340 del 2020, la demandante se encontraba en una situación jurídica no consolidada que resultó regulada en forma posterior por la Ley 1960 del 2019, lo que permitía su aplicación retrospectiva- y por tanto la utilización de la lista de elegibles en cuestión para cubrir también las vacantes definitivas de cargos no ofertados que surgieron con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad.

Es de resaltar que lo anterior se puso en conocimiento de las accionadas en los derechos de petición que elevó la actora ante ellas[19] [20], direccionados a alcanzar en sede administrativa su pretensión, y pese a ello tales entidades negaron su solicitud oponiéndose a la aplicación retrospectiva de la citada Ley.

Lo expuesto enrostra que tal negativa desconoció abiertamente el principio rector del mérito para el acceso a los empleos públicos, así como el alcance de la norma superior que lo contempla fijada por la Corte Constitucional, obviando la superación de la accionante de todas las etapas del proceso de selección que la ubicaron en el actual primer lugar de la lista de elegibles, así como la posibilidad ajustada a la jurisprudencia constitucional y a la ley aplicable retrospectivamente de

[19] Consecutivo No. 2- Archivo titulado “PRUEBA_20_1_2021 9_58_06.pdf” Expediente del Juzgado
[20] Ibid. – Archivo titulado “PRUEBA_20_1_2021 9_58_59.pdf”

hacer uso de ella para proveer vacantes definitivas en la planta de personal, omitiendo acceder a lo pretendido cuando era notoria la satisfacción de los supuestos que habilitaban el nombramiento de la accionante, pues la lista se encontraba vigente, contaba con una posición preferente en ella- y estaba acreditada la existencia de la vacancia en el mismo cargo.

En ese orden de ideas, la restricción erigida por la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Gobernación Departamental del Norte de Santander, contraría las disposiciones de rango constitucional y el precedente judicial que prevén el mérito como criterio preponderante para el acceso a los cargos públicos, lo que inclusive es contradictorio con la actual posición de la Comisión accionada contenida en el Acuerdo No. 0013 del 22 de enero del 2021, que en su numeral segundo previó modificar el artículo 8 del Acuerdo No. CNSC-0165 de 2020 y viabilizar el uso de las listas de elegibles para proveer vacantes diferentes a las ofertadas en la convocatoria[21], con lo que obra al margen de su propio marco reglamentario.

Tal conducta obstaculiza el aseguramiento de los fines del Estado y de la función administrativa, la materialización del derecho de los ciudadanos para acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, y la igualdad en el trato y en las oportunidades, transgrediendo con ello los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y al acceso al empleo público de la señora Patricia Jacqueline Niño Ramirez.

Por tal motivo habrá de revocarse la decisión objeto de impugnación, para en su lugar conceder el amparo de las garantías *iusfundamentales* antes señaladas, y consecuentemente ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Gobernación Departamental del Norte de Santander, que en el término máximo de cinco (5) días,

[21] Artículo segundo. Modificar el artículo 8 del Acuerdo No. CNSC-0165 de 2020, en los siguientes términos: Artículo 8°. Uso de Lista de Elegibles. Durante su vigencia las listas de elegibles serán utilizadas para proveer definitivamente las vacantes de la respectiva entidad, en los siguientes casos: (...) 3. Cuando, durante su vigencia, se generen nuevas vacantes del “mismo empleo” o de “empleos equivalentes” en la misma entidad.”

procedan a adelantar las actuaciones administrativas que correspondan dentro del ámbito de sus competencias para utilizar la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 8886 del 15 de septiembre del 2020, a efectos de proveer el cargo Secretario, Código 440, Grado 4, identificado con el Código OPEC No. 48369, con el nombramiento de Patricia Jacqueline Niño Ramirez, en una de las vacantes definitivas que existen en la planta de personal de la entidad territorial en ese mismo empleo.

Es de anotar que aunque con la presente decisión se varía el precedente horizontal que traía esta Corporación en anteriores decisiones de acción de tutela con circunstancias fácticas similares a las aquí analizadas, ello ocurre con ocasión de la novedosa posición jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional sobre la materia, cuyo carácter vinculante se dejó expuesto en líneas anteriores, razón por la que a partir de ahora, y en lo sucesivo, será esa la senda a seguir por la Sala para la adopción de disposiciones en asuntos semejantes.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta,** administrando justicia en nombre de la República y por mandato constitucional,

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia impugnada, proferida el día 04 de febrero del 2021 por el **Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Cúcuta**- y en su lugar **TUTELAR** los derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y al acceso al empleo público de la señora **Patricia Jacqueline Niño Ramirez**.

SEGUNDO. ORDENAR a la **Comisión Nacional del Servicio Civil** y a la **Gobernación Departamental del Norte de Santander**, que en el término máximo de cinco (5) días, procedan a adelantar las actuaciones administrativas que correspondan dentro del ámbito de sus competencias, para utilizar la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 8886 del 15 de septiembre del 2020, a efectos de proveer el cargo de Secretario, Código 440, Grado 4, identificado con el Código OPEC No. 48369, con el nombramiento de **Patricia Jacqueline Niño Ramirez**, en alguna de las vacantes definitivas que existen en la planta de personal de la entidad territorial en ese mismo empleo.

TERCERO. COMUNICAR esta providencia a las partes que en ella actúan y al Juzgado de primera instancia para los fines previstos en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO. REMÍTANSE oportunamente las piezas procesales del caso a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, con observancia de su Boletín No. 114 del 06 de julio de 2020, y el Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de julio de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Proyecto discutido y aprobado en Acta N° 5 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma electrónica

BENJAMIN DE J. YEPES PUERTA

Firma electrónica

NELSON RUIZ HERNÁNDEZ

Firma electrónica

AMANDA JANNETH SÁNCHEZ TOCORA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL[1]

Magistrado ponente: **Andrés Medina Pineda**

Sincelejo, 8 de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Acción de Tutela	
Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Radicación:	N° 70001-33-33-**005-2020-00160-02**
Demandante:	**Diana Margarita Hernández Coronado**
Demandados:	**Alcaldía de Itagüí – Comisión Nacional del Servicio Civil**
Procedencia:	Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo

Tema: *Igualdad / Acceso a la carrera administrativa por mérito / Debido proceso administrativo / Aplicación en el tiempo de la Ley 1960 de 2019*

EL ASUNTO POR DECIDIR

Una vez agotadas las etapas propias del proceso, procede esta Sala a dirimir la impugnación presentada por la parte accionante contra el fallo proferido por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo el 15 de diciembre de 2020.

1. LA SÍNTESIS FÁCTICA

La señora DIANA MARGARITA HERNÁNDEZ CORONADO, quien actúa en nombre propio, con domicilio en Sincelejo según el escrito de tutela, refiere que la Comisión Nacional del Servicio Civil (En adelante CNSC) convocó a concurso de méritos mediante acuerdo 20161000001356 del 12 de agosto de 2016 para proveer los empleos vacantes de la planta de personal de la Alcaldía de Itagüí – Antioquia (convocatoria No. 429 de 2016 – ANTIOQUIA)".

Señala que, concursó para el empleo denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 219, Grado 3, identificado con la ***OPEC 34599*** de la Alcaldía de Itagüí, del cual se ofertaron 2 cargos definitivos, ocupando el 3° puesto en la lista de elegibles.

[1] Por decisión de sala plena administrativa consignada en sala del 27 de Enero de 2021, se modificó la numeración y composición de las salas de acuerdo a los Apellidos de los Magistrados**, la sala tercera de decisión** quedo integrada por **Andrés Medina Pineda en calidad de ponente** y por los doctores Eduardo ***Torralvo*** Negrete y Rufo Arturo ***Carvajal*** Argoty.

La CNSC expidió la Resolución de lista de elegibles No. 20192110081025 del 18-06-2019. De dicha lista se posesionaron los 2 primeros elegibles; sin embargo, han quedado algunas plazas vacantes y otras fueron creadas posteriormente, que fueron provistas por nombramientos en provisionalidad, sin que se tenga en cuenta la lista de elegibles.

Expresa que, la lista de elegibles (Resolución 20192110081025 del 18 de junio de 2019, cuya firmeza es del 5 de julio de 2019), tiene una duración de 2 años, ocupando actualmente el primer lugar en la lista; por ello, solicitó ante la Alcaldía de Itagüí la aplicación de la Ley 1960 de 2019 junto al criterio unificado del 16 de enero sobre el uso de listas de la CNSC, la Circular 001 de 2020 de la CNSC y el acuerdo 165 de 2020 de uso de listas de la CNSC y con ello, su nombramiento en periodo de prueba en el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 3.

Indica además que, el 11 de agosto de 2020, solicitó a la alcaldía de Itagüí que solicitara a la CNSC el uso de listas de elegibles para que se procediera a su nombramiento; igualmente, se le informara los reportes que dicha entidad haya efectuado a la CNSC sobre las vacantes definitivas que se han generado y se realicen en el menor tiempo posible por parte de la entidad para proveer el cargo de Profesional Universitario, Código 219, grado 3.

Afirma que, el Secretario de Servicios Administrativos de la Alcaldía de Itagüí dio respuesta a la petición haciendo referencia a las vacantes que se han generado posterior al cierre de la convocatoria, de los cuales hay 3 en vacancia. Así mismo indicó "*Realizada la información solicitada por usted y considerando el concepto del 6 de agosto de 2020. Complementación al criterio unificado "Uso de lista de elegible en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019 del 16 de enero de 2020" que define "entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con el numero OPEC" no es aplicable para las vacantes existentes actualmente en la denominación de Profesional Universitario, Código 219, grado 03".*

Insiste que, la Alcaldía de Itagüí desconoce el derecho fundamental al debido proceso, puesto que no reconoce la normatividad de la CNSC, ni le ha dado el verdadero alcance, ya que la CNSC es quien realiza el estudio y autoriza para que los elegibles que se encuentran en lista ocupen las vacantes que se generen con posterioridad al cierre de la OPEC.

2. LOS DERECHOS INVOCADOS

Como derechos fundamentales vulnerados, invoca la igualdad, acceso a la carrera administrativa por meritocracia, debido proceso y confianza legítima.

3. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

A título de pretensiones, solicitó como principales:

1. Se *ordene al alcalde del municipio de Itagüí o quien se delegue, que proceda de manera prioritaria a realizar la solicitud de autorización del uso de listas de elegibles conforme a la CIRCULAR 001 del 21 de febrero de 2020 de la CNSC, para todas las vacantes definitivas que surgieron posterior al cierre de la OPEC a la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- para surtir las vacantes definitivas del empleo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 3, del Sistema General de Carrera de la Alcaldía de Itagüí, con la lista de elegibles conformada en la Resolución 20192110081025 del 18-06-2019 en estricto orden de mérito, cuya firmeza es del 5 de julio de 2019, en la cual se encuentra ocupando el primer puesto dentro de la lista de elegibles, ello en aplicación del principio de retrospectividad de la ley".*

2. Se *"ordene a la CNSC que realice el estudio técnico de la resolución 20192110081025 del 18-06-2019 cuya firmeza es del 5 de julio de 2019 la cual se conformó para proveer dos (2) vacantes existentes en la OPEC 34599 y remita dentro del término de 48 horas, la autorización con su nombre para cubrir las vacantes definitivas del empleo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 3, iguales o empleos con similitud funcional."*

Como pretensiones subsidiarias deprecó:

1. *Se suspenda la vigencia del artículo 6° de la Resolución CNSC – 2019211008025 del 18-06-2019.*

2. *Se indiquen límites en tiempo a la alcaldía de Itagüí y a la CNSC para realizar los trámites administrativos y financieros, en especial que el tiempo no sea superior a la vigencia de la lista de elegibles.*

4. EL RESUMEN DE LA CRÓNICA PROCESAL

PRIMERA INSTANCIA

Actuación procesal	Páginas de expediente Digital de Tyba	Fechas o Asuntos

Reparto	Expediente digital del aplicativo Tyba	6 de octubre de 2020
Auto admisorio	Expediente digital del aplicativo Tyba – archivo act_auto admite	6 de octubre de 2020
Se notificó vía correo electrónico a la Procuraduría, CNSC y alcaldía de Itagüí	Expediente digital del aplicativo Tyba – archivo act_Notificación auto admisorio	7 de octubre de 2020
Contestación de la CNSC	Expediente digital del aplicativo Tyba – archivo act_contestación	13 de octubre de 2020
Contestación alcaldía de Itagüí	Expediente digital del aplicativo Tyba – archivo act_contestación	13 de octubre de 2020
Se profiere sentencia declarando improcedente la tutela	Expediente digital del aplicativo Tyba – archivo act_sentencia	21 de octubre de 2020
Se notifica la sentencia vía electrónica a las partes	Expediente digital del aplicativo Tyba – act_notificación sentencia	22 de octubre de 2020
La accionante impugna la decisión	Expediente digital del aplicativo Tyba – act_solicitud impugnación	27 de octubre de 2020
Se concede la impugnación	Expediente digital del aplicativo Tyba – act_auto concede	27 de octubre de 2020
Auto declara nulidad por indebida integración del contradictorio	**Expediente digital del aplicativo Tyba – act_declara nulidad**	**25 de NOV de 2020**
Auto de obedecer y cumplir	70001333300520200016000_ACT_AUTO OBEDEZCASE Y CUMPLASE_	4 de diciembre de 2020
Notificación a notificaciones@itagui.gov.co; notificacionesjudiciales@cnsc.gov.co; diana.hercor@hotmail.com; aghenao@procuraduria.gov.co	Notifica auto de obedézcase y cúmplase	4 de diciembre de 2020
Contestación CNSC	70001333300520200016000_ACT_CONTESTACION_14-12-2020 10.45.33 a.m	10 de diciembre de 2020
Sentencia	70001333300520200016000_ACT_SENTENCIA_16-12-2020 11.29.40 a.m_	16 de diciembre de 2020
Notificación de sentencia	70001333300520200016000_ACT_NOTIFICACIÓN SENTENCIA_16-12-2020 11.58.28 a.m_	16 de diciembre de 2020
Solicitud de impugnación	70001333300520200016000_ACT_SOLICITUD IMPUGNACION_27-10-2020 12.32.48 p.m_	12 de enero de 2021
Auto concede impugnación	70001333300520200016000_ACT_AUTO CONCEDE - RECHAZA IMPUGNACION_12-01-2021 11.49.57 a.m	12 de enero de 2021
Envío al superior	70001333300520200016000_ACT_ENVIO A SUPERIOR POR INTERPUESTOS SIN FINALIZACION_12-01-2021 2.32.53 p.m	12 de enero de 2021

SEGUNDA INSTANCIA

Actuación procesal	**Folio**	**Fechas o asuntos**
Pasa el asunto al despacho	70001333300520200016002_ACT_CONSTANCIA SECRETARIAL_13-01-2021 10.19.41 a.m_	13 de enero de 2021

5. LA SINOPSIS DE LAS RESPUESTAS

6.1. LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-. Rindió informe en la presente acción constitucional manifestando en primer lugar que la tutela no es idónea para cuestionar la legalidad de actos administrativos, toda vez que se disponen de otros medios o recursos de defensa judicial.

Indica también que, en el presente caso, la accionante no demuestra la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama. Amén, precisa que, los participantes en los concursos de méritos no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, toda vez que las listas de elegibles sólo generan un derecho adquirido a los elegibles que, al someterse a un riguroso proceso de selección, ocupan las primeras posiciones y consecuencia de su ejercicio, deben ser nombrados en los empleos por los cuales concursaron con base en el número de vacantes ofertadas por empleo. A diferencia, **los elegibles que en razón a su puntaje no obtuvieron la posición meritoria** que les generara el derecho a ser nombrados, **le asiste una expectativa** frente a la utilización de listas de elegibles para la provisión de dicho empleo.

Expresa que, la presente acción de tutela no tienen la virtud de acreditar los supuestos del perjuicio irreparable al que pudiera verse enfrentada la tutelante, circunstancia que funge como requisito *sine qua non* para ejercitar el presente instrumento jurídico procesal de carácter constitucional, a fin de cuestionar actos de naturaleza administrativa, así, en punto del problema jurídico surge diáfano que la acción de amparo no cumple con el presupuesto de subsidiariedad, de tal manera que, no sería posible adentrarse al fondo de la controversia para verificar si la negativa de realizar uso de Listas de Elegibles para proveer nuevas vacantes, quebrantó los derechos fundamentales de la accionante. En ese entendido, se ha de hacer especial claridad que los actos administrativos (Acuerdo de Convocatoria, Resolución Lista de Elegibles) cuestionados por el accionante se emitieron en el proceso de un concurso de méritos, ante lo cual, la Jurisprudencia también ha mantenido el criterio de la improcedencia de la tutela cuando se busca precisamente revisar las reglas o pautas que rigen tal proceso, así como aquellas determinaciones que se adopten en la evolución de sus etapas o fases.

Cita apartes del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia: *"Las inconformidades que surjan de los procesos públicos de selección, por las reglas allí instituidas, deben atacarse en la jurisdicción correspondiente a través del camino establecido para el efecto; esto es, la acción de nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa, que es el escenario natural donde es posible desvirtuar la presunción de legalidad de que aquéllos hallan revestidos, siendo el escenario*

propicio para que la actora discuta el derecho a reclamar"[2]. Coligiendo que, la utilización de la acción de tutela para revisar si la Ley 1960 de 2019, es aplicable al caso que nos ocupa, no puede tener escenario distinto a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a través de la autoridad competente.

Referente al estado de la accionante en el concurso, indicó que la señora Diana Margarita Hernández Coronado, concursó en la Convocatoria 429 de 2016 - ANTIOQUIA, para el empleo, identificado con el código OPEC[3] No. 34599, denominado Profesional Universitario, grado 3, quien agotadas las fases del concurso **ocupó la posición No. 3**, en la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. CNSC – 20192110081025 del 18 de junio de 2019, para proveer cinco **(2) vacantes**, como se observa continuación:

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- Conformar la Lista de Elegibles para proveer **Dos (2) vacantes** del empleo de carrera denominado **Profesional Universitario**, Código **219**, Grado **3**, de la **Alcaldía de Itagui**, ofertado a través de la Convocatoria No. 429 de 2016 – Antioquia, bajo el código OPEC 34599, así:

Posición	Tipo doc	Documento	Nombres	Apellidos	Puntaje
1	CC	98531744	JOSE ARJEDI	ATEHORTUA OSSA	72.33
2	CC	32298950	LIANA CAROLINA	OROZCO DIOSA	72.29
3	CC	1102848129	DIANA MARGARITA	HERNANDEZ CORONADO	68.85
4	CC	1013616893	DIANA MARCELA	MEZA CALDERÓN	65.70
5	CC	1022096594	LUISA MARIA	BUSTAMANTE MURIEL	65.38
6	CC	1037596455	DAVID	MEJÍA MONTOYA	61.54

En cumplimiento a lo dispuesto en el acuerdo de convocatoria, la CNSC remitió al municipio, el mencionado acto administrativo para que procediera a realizar los nombramientos de aquellos elegibles que ocuparon una posición meritoria en la lista, conforme el número de vacantes ofertadas para esa OPEC en estricto orden de mérito, es decir la primera posición.

Comoquiera que para el empleo en mención se ofertaron únicamente **dos (2) vacantes, los elegibles que adquirieron el derecho a ser nombrados en período de prueba para el cargo, fueron los aspirantes que ocuparon la primeras dos (2) posiciones** en la lista de elegibles. Como se observa, **la accionante ocupó la posición No. 3**, es decir una (1) vacante por encima de los primeros lugares, razón por la cual, no era posible que se realizara su nombramiento, pues queda claro que no ocupó una posición meritoria en cuanto al número de vacantes ofertadas en el empleo, en ese sentido, se precisa que el empleo No. 34599 se encuentra provisto con los elegibles ubicados en la posición uno (1) a la dos (2).

Aclara que, en cuanto a **nombramientos y posesiones** y en general en la administración de plantas de personal, **esa Comisión no tiene competencia**,

[2] Sentencia C.S.J STC 20 de febrero de 2013 Rad 2012-00100-01 y CSJ STC 25 de abril 2012, Rad 00257-01
[3] Oferta pública de empleos de carrera.

pues dicha facultad se otorgó por la ley exclusivamente en los representantes legales o delegados de las respectivas entidades, tal como lo prescribe el inciso final del artículo 2.2.5.1.1 del Decreto 1083 de 2015, que señala: «(…) Corresponde a los ministros, directores de departamentos administrativos, presidentes, directores o gerentes de las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del orden nacional, nombrar al personal de su entidad u organismo, salvo aquellos nombramientos cuya provisión esté atribuida a otra autoridad por la Constitución o la ley (…)».

En ese orden, la competencia de la CNSC frente a los procesos de selección está limitada a las fases de i) convocatoria, ii) reclutamiento iii) aplicación de pruebas y iv) conformación de listas de elegibles, recayendo en las entidades destinatarias del concurso la responsabilidad de realizar **los nombramientos en período de prueba de los elegibles**, mismo que una vez culminado deberá ser evaluado emitiendo la calificación que en derecho corresponda.

Tocante a la procedencia del uso de la lista de elegibles, indica que el literal e) del artículo 11, de la Ley 909 de 2004, designa que la Comisión Nacional del Servicio Civil, dentro de sus funciones de administración de carrera administrativa, le corresponde «conformar, organizar y manejar el banco nacional de listas de elegibles» y en el literal f) contempla «remitir a las entidades de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se debe proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los bancos de datos a que se refiere el literal anterior».

Expuesto lo anterior, señala que para que se dé el uso de listas se deben presentar dos situaciones:

i) Una primera situación es que, cuando un elegible que ha ocupado una posición meritoria no acepta el nombramiento en período de prueba o no se pronuncia, es deber de la entidad expedir el **acto administrativo de derogatoria**, caso contrario cuando el elegible ya ha tomado posesión del empleo y renuncia se expide el **acto administrativo de aceptación de renuncia,** caso en el cual el **«uso de listas es automático»**, y en este caso, la entidad respectiva se encuentra autorizada para hacer uso en estricto orden de méritos de las listas de elegibles durante la vigencia de la lista de elegibles según lo dispone el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

Lo anterior, de conformidad con el artículo 2.2.5.1.12 del Decreto 648 de 2017, el cual establece:

> ARTÍCULO 2.2.5.1.12 Derogatoria del nombramiento. La autoridad nominadora deberá derogar el nombramiento, cuando:
> 1. La persona designada no manifiesta la aceptación del nombramiento, no acepta, o no toma posesión del empleo dentro de los plazos señalados en la Constitución, la ley o el presente Título.
> 2. No sea viable dar posesión en los términos señalados en el presente Título.
> 3. La administración no haya comunicado el nombramiento.
> 4. Cuando la designación se ha hecho por acto administrativo inadecuado"
> "ARTÍCULO 2.2.11.1.3 Renuncia. Toda persona que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente en cualquier tiempo.
> La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta por escrito, de forma espontánea e inequívoca, su decisión de separarse del servicio.
> Si la autoridad competente creyere que hay motivos notorios de conveniencia pública para no aceptar la renuncia, deberá solicitar el retiro de ella, pero si el renunciante insiste deberá aceptarla.
> La renuncia regularmente aceptada la hace irrevocable.
> Presentada la renuncia, su aceptación por la autoridad competente se producirá por escrito, y en el acto administrativo correspondiente deberá determinarse la fecha en que se hará efectiva, que no podrá ser posterior a treinta (30) días de su presentación.

En este punto es importante indicar que la recomposición de la lista, se produce de manera automática (no requiere de acto administrativo que la declare) una vez se genera la vacante por las causales allí contempladas.

ii) La segunda ocurre cuando se presente la renuncia o se declare la vacancia definitiva, superado el período de prueba, o cuando la entidad crea nuevos cargos, durante la vigencia de las listas de elegibles.

En este evento, la entidad debe solicitar autorización para hacer «**uso de la lista con cobro**», de conformidad con lo determinado en el inciso 4° del artículo 30 de la Ley 909 de 2004, donde establece que las entidades que utilicen las listas de elegibles resultado de los concursos adelantados por esa Comisión, deberán sufragar los costos determinados, para lo cual se expidió la Resolución No. 0552 del 21 de marzo de 2014, donde se estableció la tarifa para el uso de las listas de elegibles para las entidades pertenecientes al sistema general de carrera administrativa, la cual asciende a la suma de un salario mínimo legal mensual vigente para entidades del orden nacional y medio salario mínimo legal mensual vigente para entidades del orden territorial, por cada vacante a ser provista.

Y en el caso que se presenten vacantes por la creación de nuevos cargos por parte de la entidad, previo a realizar la solicitud de uso de listas con cobro, la entidad nominadora deberá reportarlas en el aplicativo SIMO de conformidad con el criterio unificado del 16 de enero de 2020 y la circular externa 0001 de 2020, expedidos por esta Comisión Nacional, para que sean provistos con la lista de elegible que se encuentren vigentes.

En este punto, trae a colación lo establecido en el artículo 33 del Acuerdo 562 de 2016, proferido por esta Comisión Nacional, cuyo tenor literal señala: «**Reporte de Información**. Las entidades que se rigen por la Ley 909 de 2004, deberán reportar a la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de los medios electrónicos o físicos determinados para el efecto, las novedades que se presenten en relación con los nombramientos, posesiones, calificación del período de prueba, renuncias presentadas y demás situaciones que puedan afectar la conformación y el uso de las listas, para lo cual contarán con un término de quince (15) días hábiles contados a partir de la ocurrencia de la novedad»[4]

Tocante a la aplicación del criterio unificado de 16 de enero de 2020, señaló que, la nueva disposición (Ley 1960 de 2019), aplica a los procesos de selección aprobados por la Sala Plena de Comisionados de la CNSC, con posterioridad a su entrada en vigencia, extensible también al uso de sus listas de elegibles, por lo que no es procedente aplicar la retrospectividad de la Ley 1960 de 2019 al caso bajo estudio, en atención a que dicho fenómeno sólo procede ***«frente a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa»***, situación que no se da en el *sub júdice*, ya que nos encontramos frente a un hecho rotundamente consolidado, pues las etapas del concurso de méritos ya se encuentran agotadas, la CNSC conformó lista de elegibles para el empleo identificado con el código OPEC No. 34599; es decir, es una situación fáctica y jurídica que no es susceptible de modificaciones por el tránsito de normatividad, pues queda claro que el aspirante concursó para la provisión de una (2) vacantes, hoy provistas por los aspirantes que ocuparon la posición meritoria en la lista de elegibles, y con derechos de carrera administrativa consolidados.

Por último, sostuvo que, consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad – SIMO se constató que durante la vigencia de las listas **la Alcaldía de Itagüí no ha reportado la existencia de vacante definitiva alguna que cumpla con el criterio de mismos empleos respecto de la lista de la OPEC 34599. De tal manera, se concluye imperiosamente que el empleo ofertado fue provisto conforme a las reglas del proceso de selección.**

Aunado a lo anterior, arguyó que una vez consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se evidenció que durante la vigencia de la lista, **la Alcaldía de Itagüí no ha reportado movilidad de la lista**, entendida la movilidad en el marco del uso

[4] Derogado por el Acuerdo 165 de 2020 el cual al respecto indica "ARTICULO 6°. Reporte de Información sobre provisión y uso de listas. Las entidades deberán reportar a la CNSC por el medio que esta disponga, las novedades que se presenten en relación con los nombramientos, posesiones, derogatorias, revocatorias, renuncias presentadas y demás situaciones que puedan afectar el orden de provisión y el uso de las listas, para lo cual contarán con un término máximo de cinco (5) días hábiles contados a partir de la ocurrencia de la novedad."

de las listas como la novedad que se genera sobre la lista de Elegibles, por la expedición de un acto administrativo que dispone la derogatoria o revocatoria sobre el acto administrativo de nombramiento de un elegible, o la expedición de un acto administrativo que declara la vacancia definitiva de un empleo por configurarse una de las causales de retiro establecidas en la Artículo 41 de la Ley 909 de 2004, de quien ocupase posición meritoria de conformidad con el número de vacantes ofertadas. Por lo tanto, **las vacantes ofertadas se encuentran provistas con los elegibles ubicados en las posiciones 1 y 2**.

Asimismo, aclaró que la señora Diana Margarita Hernández Coronado se encuentra sujeta no sólo a la vigencia si no al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que pueden ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad, en tal sentido, **no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles del empleo 34599, toda vez que sobre el acto administrativo respectivo no se ha solicitado autorización por parte de la entidad.**

6.2. MUNICIPIO DE ITAGÜÍ.- Rindió informe manifestando que dio cumplimiento al auto del 4 de diciembre de 2020 emitido por el Juzgado 005 administrativo de la ciudad de Sincelejo - Sucre, procediendo a notificar la presente acción de tutela a todos los empleados que ocupan en provisionalidad los cargos de Profesional Universitario, Código 210, Grado 3 (precisa que, sólo hay un servidor con dicha situación administrativa). Para que ejerzan su derecho de contradicción y defensa si lo estiman conveniente y necesario.

Respecto a la tutela, sostuvo que no se ha desconocido la lista de elegibles, puesto que, conforme a los actos administrativos de la Comisión Nacional del Estado Civil, la señora Hernández Coronado ocupó el tercer lugar de la lista de elegibles para la OPEC 34599, cargo que ofertó dos vacantes, los cuales fueron ocupados por los primeros de la lista.

Precisa que, ese ente no ha desconocido ni modificado la lista de elegibles establecida por la CNSC, toda vez que frente a la OPEC 34599 no hay empleos para proveer.

En cuanto al principio de retrospectividad de la ley, señaló que la lista de elegible para la precitada OPEC es una situación jurídica consolidada, conformada por la CNSC, donde se establecen los nombres, lugares que ocuparon cada uno de los aspirantes y también se estableció su vigencia, de allí que, no puede alegarse que es un acto administrativo que está en construcción, ni que es una situación de hecho.

Por último, solicita que se declare la improcedencia del mecanismo de amparo, como quiera que esa entidad no ha vulnerado derecho fundamental alguno y ha dado cumplimiento a las reglas del concurso.

6.3. LOS VINCULADOS. No presentaron intervención.

7. LA DECISIÓN OBJETO DE IMPUGNACIÓN

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 15 de diciembre de 2020, resolvió declarar improcedente la acción de la referencia al considerar que lo que se procura es que se dé cumplimiento a una ley y a un acto administrativo, en consecuencia, existen otros mecanismos de defensa, esto es, los medios de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho y la Acción de Cumplimiento, para cuestionar dichos actos, precisando que, la acción de cumplimiento tiene un término de 20 días hábiles para proferir sentencia, contados desde el día siguiente a la admisión, y por otra parte, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la accionante puede solicitar medidas cautelares de suspensión.

Por otra parte, el *a-quo* sostuvo que, la peticionaria no logró probar la ocurrencia de un perjuicio irremediable que desplace los mecanismos ordinarios de defensa, ello comoquiera que el argumento que esgrimió fue la vigencia de la lista de elegibles contenida en la Resolución 20192110081025 del 18-06-2019, cuando lo cierto es que, la lista tendría validez hasta el 5 de julio de 2021.

Amén, aclaró que, frente al precedente jurisprudencial alegado por la accionante, en ninguna de esas sentencias enunciadas (Sentencias SU 133 de 1998, T-455 del 2000, SU 913 de 2009 …), se impone que la acción de tutela debe tenerse por procedente cuando lo que se debata sea el respeto de una lista de elegibles, pues en cada una de ellas, atendiendo a las situaciones concretas del accionante, se decide si es procedente o no este mecanismo subsidiario. Así entonces, no se exime al juez de tutela de la obligación de verificar la procedencia de la acción cuando existen otros mecanismos de defensa.

Por último, insiste en que la accionante cuenta con dos mecanismos de defensa judicial a través de los cuales se pueden debatir sus pretensiones.

7.1 LA IMPUGNACIÓN.

7.1.1 LA ACCIONANTE[5], impugnó la anterior decisión aduciendo que, la decisión de primera instancia se apartó del precedente constitucional fijado en providencia de 21 de agosto de 2020, sobre la figura del uso de listas de elegibles.

Expone que, el problema jurídico está erróneamente planteado, pues no señaló a la Comisión Nacional del Servicio Civil, en adelante CNSC, como vulneradora de sus derechos fundamentales, dado que es claro que se demandó solamente al municipio de Itagüí, en tanto a la CNSC sólo se le vinculó dado su especial reconocimiento constitucional para determinar el mérito en Colombia. Precisó que, no es al municipio accionado a quien corresponde hacer el análisis y/o autorización del uso de listas de elegibles, porque ello corresponde a la CNSC en virtud del artículo 130 superior. Por ello, hasta no recibir de parte del ente municipal, la CNSC, no efectúa el examen correspondiente.

Indica que, el *A quo* no se percató que el acto administrativo no es de carácter definitivo, sino un acto de trámite dentro del proceso de solicitud de autorización de uso de listas de elegibles, lo que torna imposible acceder a la jurisdicción contenciosa.

Agrega que, con la publicación de la listas no se concluye el proceso meritocrático, dado que el concurso se compone de diferentes etapas, una de las últimas cuando se supera el periodo de prueba, en cuyo caso el elegible será retirado de la lista, pero para quienes se encuentran en ella, existe una expectativa legitima por si se generan vacantes en el mismo empleo.

Entonces, ante la existencia de vacantes definitivas nuevas –existen al menos 2 cargos con igual denominación, código y grado, que se han generado, le corresponde a la entidad realizar la solicitud, puesto que es a la CNSC a la que corresponde determinar si para su caso en particular, se deben cubrir dichas vacantes.

Anexa como prueba, respuesta emitida por la CNSC a un concursante, donde autorizaban la lista de elegibles de fecha 7 de octubre de 2020. Insiste también, en que la Convocatoria del ICBF es del 2016, anterior a la expedición de la ley 1960 de 2019 y del criterio unificado sobre uso de listas de elegibles es del 19 de enero de 2020, igual al de la alcaldía de Itagüí, por lo que invoca se de aplicación al derecho fundamental a la igualdad.

Por último, expresa que tampoco es viable acudir a la acción de cumplimiento como lo sugirió el juez de primera instancia, dado que no puede exigirle a la CNSC que realice el estudio de las listas de elegibles en razón a que la CNSC pone en funcionamiento ese

[5] Expediente que reposa en aplicativo Tyba _act_solicitud impugnación_

mecanismo, sólo si existe una petición de la Alcaldía de Itagüí. Máxime cuando, tampoco podría agotar el requisito de procedibilidad, ya que no puede solicitar directamente a la CNSC el uso de listas de elegibles.

Pide también, que se tenga en cuenta la posición reciente de la Corte Constitucional al expedir la sentencia **T-340 de 2020**, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, del 21 de agosto de 2020.

8. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR

8.1. COMPETENCIA: El Tribunal, es competente para conocer en Segunda Instancia, de la presente impugnación, en atención a lo establecido en el artículo 32 del Decreto ley 2591 de 1991.

8.2. PROBLEMA JURÍDICO: De conformidad con los aspectos de hecho y de derecho del caso, considera la Sala que el problema jurídico a resolver consiste en establecer si la negativa del Municipio de Itagüí en la utilización de registros vigentes para proveer vacantes no ofertadas o creadas con posterioridad, vulnera el debido proceso administrativo y el derecho fundamental del acceso a cargos públicos por mérito y en consecuencia, si es constitucional ordenar la provisión de los empleos de carrera administrativa, identificados como Profesional Universitario, grado 3, Convocatoria 429 de 2016 - ANTIOQUIA, con los integrantes de las listas de elegibles vigentes, emitidas por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL; pero que, estando en dichos registros, sus lugares en ellas excedía el número de plazas convocadas, en aplicación de la regla contenida en ley 1960 de 2019, tal como lo pretende la accionante.

Para arribar a la solución de lo planteado, se abordará el siguiente hilo conductor: **i)** Derecho al acceso al desempeño de funciones y cargos públicos; **ii)** Derecho a la igualdad y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa; **iii)** De la autorización del uso de listas de elegibles como parte del régimen para la provisión de los empleos de carrera administrativa; **iv)** Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo. Reiteración de la sentencia T-340 de 2020; y, **v)** Caso concreto.

8.3. Derecho al acceso al desempeño de funciones y cargos públicos.

El numeral 7 del artículo 40 de la Constitución Política consagra el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, como una expresión protegida del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

Frente al tema la Corte Constitucional en sentencia **C-123 de 2013**, indicó:

> *(…)*
>
> *Aunque el acceso a la función pública corresponde a un derecho constitucionalmente garantizado, distintas son las formas dispuestas para escoger a las personas que cumplirán funciones al servicio del Estado. Así* ***el artículo 125 de la carta establece la carrera administrativa como regla general tratándose de los empleos en órganos y entidades estatales****, pero a continuación exceptúa de ello los cargos de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y aquellos determinados por la Ley; en su inciso segundo indica que los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o por la Ley, serán nombrados por concurso público.* (Subrayado y negrilla fuera del despacho)

Así pues, siendo este derecho el componente de un derecho político, dentro de su mecanismo de protección la tutela se torna procedente ateniendo la importancia de los ciudadanos en la participación de la conformación del poder político.

8.4. Derecho a la igualdad y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa

Para la Corte Constitucional el sistema de carrera es una manifestación del principio de igualdad y oportunidades contenido en los artículos 13 y 125 de la Constitución Política[6], en tanto la selección del personal para el servicio público debe estar orientado para**: *i)*** *garantizar un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política* ***y ii)*** *contemplar medidas positivas frente a grupos sociales vulnerables o históricamente discriminados en términos de acceso a cargos estatales.*

En este sentido resulta violatorio del principio de igualdad de oportunidades cualquier práctica que discrimine a los aspirantes a un empleo público en razón de alguna condición o convicción, de igual forma es contrario al mencionado principio toda conducta que sin justificación alguna rompa el equilibrio entre los participantes de un concurso, así como desconocer dicho principio en aquellos concursos que carezcan de medidas efectivas de garantizar condiciones más favorables a personas pertenecientes a ciertas poblaciones cuyas posibilidades de acceso al empleo público haya sido tradicionalmente negado.

Por lo que a partir del mandato contenido en el artículo 125 de la Constitución Política y en virtud del derecho al debido proceso, la jurisprudencia ha derivado un conjunto de reglas orientadoras del sistema de ingreso, ascenso y retiro del servicio público, ante lo que la Corte Constitucional ha señalado que*: i) el empleo público es*

[6] C-046 de 2018

por regla general de carrera, ii)los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley serán escogidos por concurso público, iii) el ingreso a la carrera administrativa y los ascensos serán por méritos, y iv) el retiro se dará únicamente por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo por violación del régimen disciplinario y por demás causales previstas en la constitución y en la ley[7].

El principio del mérito se concreta principalmente en la creación de sistemas de carrera y en el acceso a cargos públicos mediante la realización de concursos. Este último corresponde a los procesos en los que a través de criterios objetivos se busca determinar la idoneidad, capacidad y aptitud de los aspirantes para ocupar un cargo, teniendo en cuenta la categoría del empleo y las necesidades de la entidad. De suerte que, las etapas y pruebas en cada convocatoria deben estar dirigidas a identificar las cualidades, calidades y competencias de los candidatos, para, con dichos resultados, designar a quien mayor mérito tiene para ocupar el cargo.

A su vez en sentencia **C-040 de 1995,** la Corte Constitucional explicó las etapas que conforman los concursos públicos para proveer empleos de carrera, enfatizando que debe adelantarse con apego a la buena fe y a los derechos de igualdad y debido proceso y que luego de agotadas las fases del concurso clasifica a los concursantes mediante la conformación de una lista de elegibles, con el cual expide un acto de contenido particular que a pesar de su naturaleza plural en cuanto integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una de las personas que la conforma, por lo que la Corte Constitucional ha señalado que estas no pueden ser desconocidas por ninguna autoridad a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social[8].

De igual forma, la Corte puntualizó la existencia de una relación connatural entre la carrera administrativa y el cumplimiento de los fines esenciales de la administración pública, ya que, en ausencia de los criterios de mérito y eficiencia*, "la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales ni podrá ser desarrollada con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad*"[9]

En desarrollo del mandato constitucional expuesto, el legislador expidió la Ley 909 de 2004[10], entre otras, para regular el ingreso y ascenso a los empleos de carrera. El artículo 27 de esta ley definió la carrera administrativa como *"un sistema técnico de*

[7] Sentencias C-901 de 2008, C-315 de 2007, C-1122 de 2005 y C-349 de 2004, reiterado en la sentencia SU-913 DE 2009
[8] Sentencia T-180 de 2015
[9] Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.
[10] "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"

administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público". Asimismo, estableció que, para lograr ese objetivo, el ingreso, permanencia y ascenso en estos empleos se hará exclusivamente por mérito, a través de procesos de selección en los que se garantice la transparencia y objetividad. Dentro de este contexto, el artículo 28 enlistó y definió los principios que deberán orientar la ejecución de dichos procesos, entre los que se encuentran: el mérito, la libre concurrencia e igualdad en el ingreso, la publicidad, la transparencia, la eficacia y la eficiencia.

En la mencionada ley se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil es el ente encargado de la administración y vigilancia de las carreras, excepto aquellas que tengan carácter constitucional especial y que esa entidad también es la encargada de realizar los procesos de selección para la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa.

Así pues, en la Ley 909 de 2004 se establecieron las etapas del proceso de selección o concurso[11], en los siguientes términos: La primera de ellas es la **convocatoria**, que debe ser suscrita por la CNSC y por el jefe de la entidad u organismo cuyas necesidades de personal se pretenden satisfacer, y que se convierte en el acto administrativo que regula todo el concurso. La segunda, es **el reclutamiento**, que tiene como objetivo atraer e inscribir a los aspirantes que cumplan con los requisitos para el desempeño del empleo convocado. La tercera, la constituyen las **pruebas**, cuyo fin es identificar la capacidad, aptitud, idoneidad y adecuación de los participantes y establecer una clasificación de candidatos. La cuarta, es la **elaboración de la lista de elegibles**, por estricto orden de mérito, la cual tendrá una vigencia de dos años y con la cual se cubrirán las vacantes. La quinta y última etapa, es el **nombramiento en período de prueba** de la persona que haya sido seleccionada por el concurso.

Con posterioridad, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1227 de 2005, que reguló parcialmente la Ley 909 de 2004. El artículo 7, modificado por el Decreto 1894 de 2012[12], estableció el orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. En el parágrafo 1 de este artículo se dispuso que: *"Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a 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*

[11] Artículo 31 de la Ley 909 de 2004.
[12] Este artículo fue derogado y compilado en el artículo 2.2.5.3.2. Decreto 1083 de 2015, por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, el cual a su vez fue modificado por el Decreto 498 de 2020.

configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004".

8.5. De la autorización del uso de listas de elegibles como parte del régimen para la provisión de los empleos de carrera administrativa.

La Corte Constitucional en diversa jurisprudencia ha señalado que *"las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme"*[13]. De igual manera se ha establecido pacíficamente que las bases del concurso se convierten en reglas particulares de obligatorio cumplimiento tanto para los participantes como para la entidad convocante, razón por la cual deben ser respetadas y resultan inmodificables y 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[14]

De otro lado, es posible que el legislador o la misma entidad convocante, permita hacer uso del registro de elegibles para proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos.

Así lo ha entendido la Corte constitucional en distintos fallos, entre los que esta la **sentencia C-319 de 2010**, en el marco del estudio de constitucionalidad del artículo 145 de la Ley 201 de 1995, una norma especial que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, creó para la Defensoría del Pueblo, determinando la posibilidad de utilizar la lista de elegibles para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación. En esta oportunidad, la Corte resolvió declarar exequible la norma demandada entendiendo que una interpretación conforme con la Constitución apuntaba a que cuando se tratara de proveer una vacante de grado igual, que tuviera la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador; acogiendo el criterio según el cual, las listas de elegibles, mientras estén vigentes, pueden ser extendidas o utilizadas para proveer empleos adicionales a los originalmente ofertados, siempre y cuando sean iguales a los inicialmente sacados a concurso. Ello porque **(i)** de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución, la regla general es que los empleos públicos son de carrera y deben ser provistos a través de concursos públicos que permitan comprobar, verificar y medir el mérito; **y (ii)** en virtud de la aplicación de criterios de razonabilidad, eficiencia y economía en el gasto público, de tal manera que se le dé el mayor uso posible a la lista de elegibles mientras esté vigente.

---

[13] Corte Constitucional sentencia SU-913 de 2009.
[14] Ver entre otras, sentencias T- 256 de 1995, SU-446 de 2011 y T-256 de 2008

Por otro lado, en sentencia **SU446 de 2011,** la Corte Constitucional adopta una posición distinta al estudiar la utilización de las listas de elegibles en el sistema de carrera de la Fiscalía General de la Nación, producto de las múltiples tutelas que se habían interpuesto por la utilización de las listas que se generaron con los concursos realizados en el año 2007 por dicha entidad, sosteniendo que *"el registro de elegibles debe ser utilizado únicamente para llenar exclusivamente las vacantes señaladas en la respectiva convocatoria" (…) "teniendo en cuenta que las pautas o reglas de los concursos públicos para el acceso a la carrera son inmodificables y que a la Administración no le es dado hacer ninguna variación de ellas porque se lesionarían los derechos y principios propios del Estado Social de Derecho que nos rige"*. Sin embargo, señaló que ello en nada contradecía a la sentencia **C-319 de 2010,** en los siguientes términos:

> *"…Es importante señalar que lo expresado hasta aquí no contradice ni desconoce lo expuesto en la sentencia C-319 de 2010 sobre el deber de la administración de hacer uso del registro de elegibles cuando existan vacantes de la misma identidad de los cargos convocados, por cuanto en dicho fallo se analizó una norma especial que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, creó para la Defensoría del Pueblo, entidad con un régimen especial de carrera. Es cierto que la Fiscalía General de la Nación también tiene un régimen especial de carrera, frente a la cual el legislador no consagró una norma igual o similar a la que fue analizada en esa oportunidad por esta Sala, razón por la que no se puede afirmar que nos encontremos ante supuestos de hecho iguales que exijan el mismo tratamiento jurídico.*
>
> ***Lo anterior significa que es potestad del legislador señalar en la ley general de carrera o en las leyes de carrera especial que con el registro de elegibles se pueden proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Facultad que también puede ostentar la entidad convocante,*** *quien en las reglas que regirán el concurso puede señalar expresamente que la lista que se configure servirá para proveer las vacantes que se lleguen a presentar en vigencia de la lista para empleos de la misma naturaleza y perfil. La introducción de este criterio es una pauta de obligatoria observancia para la administración, que le permitirá, en el término de vigencia del registro de elegibles que se llegue a conformar, proveer las vacantes que se lleguen a presentar, por cuanto expresamente habilitó el uso de ese acto administrativo para tal efecto."*

De igual forma el Consejo de Estado se ha ocupado de estudiar la legalidad de la regla que habilito el uso de la lista de elegibles para proveer cargos que no fueron ofertados en la convocatoria a concurso, siempre que sean equivalentes o similares, en los siguientes términos[15]:

> ***"Agrega esta Corporación, que la regla jurisprudencial que autoriza el uso de la lista de elegibles, mientras estén vigentes, para proveer cargos diferentes a los que fueron ofertados, siempre que sean de la misma naturaleza, perfil y denominación, y se haya establecido así en las bases de la respectiva convocatoria, tiene un claro arraigo constitucional****, pues, materializa principios fundamentales de la función administrativa*

[15] sentencia de 26 de julio de 2018, el expediente 2015-1101 (4970-2015), Sección Segunda

consagrados en el artículo 209 Superior, tales como economía, celeridad, eficiencia y eficacia, garantizando que un mayor número de plazas o empleos, sean provistas con quienes superaron todas las etapas del concurso y se ubicaron en la lista de elegibles. (…)

Por otra parte, también se garantiza el postulado fundamental del mérito contenido en el artículo 125 de la Constitución, pues, permitir el uso de las listas de elegibles, mientras estén vigentes, para proveer empleos adicionales a los inicialmente ofertados, pero iguales o equivalentes a estos, *parte precisamente, de la premisa según la cual, las personas designadas tienen comprobados méritos para desempeñar el cargo de notario.* ***Es decir, se están nombrando a personas que han superado un concurso de mérito, diseñado de acuerdo a las necesidades del servicio y, especialmente, para cargos de igual naturaleza y categoría, es decir, no se trata de un mecanismo de ingreso automático a la función pública, arbitrario e inconsulto****. Ello apunta a hacer más eficiente el uso del talento humano, en cuanto se acude a personal capacitado y previamente evaluado sobre las condiciones necesarias para el ejercicio de los cargos por proveer. De esta manera, se asegura que a la función pública accedan los mejores y los más capaces funcionarios, descartándose la inclusión de otros factores de valoración que son contrarios a la esencia misma del Estado Social de Derecho, y a la filosofía que inspira el sistema de carrera, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo, pues, mientras se surten los nuevos concursos, los cargos de carrera a proveer quedarían sujetos a la sola voluntad del nominador y lo serían a través de la figura de la provisionalidad. Y finalmente, se garantiza el ejercicio del derecho subjetivo de que son titulares quienes hacen parte de la lista de elegibles, en cuanto permite que éstos accedan a un cargo igual para el que concursaron y demostraron su idoneidad.*

8.6. Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo.

El 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019, *"Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones"*. En ella se alteraron figuras como el encargo, se dispuso la profesionalización del servicio público, se reguló la movilidad horizontal en el servicio público y, en particular, respecto de los concursos de méritos, se hicieron dos cambios a la Ley 909 de 2004.

Uno de los cambios consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no sólo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas *"vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad"*. Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación.

Como se aprecia, el cambio incluido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, comporta una variación en las reglas de los concursos de méritos, particularmente en relación con la utilización de las listas de elegibles. Así, con ocasión de la referida modificación, la Corte Constitucional mediante sentencia **T-340 de 2020** definió la aplicación en el tiempo de dicha norma, en el siguiente sentido:

"3.6.3. Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las ***listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019****, sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma, por lo que se deberá definir si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley.*

El primero de estos fenómenos, esto es, la retroactividad, se configura cuando la norma expresamente permite su aplicación a situaciones de hecho ya consolidadas. Por regla general está prohibido que una ley regule situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, en respeto de los principios de seguridad jurídica y buena fe[16], así como del derecho de propiedad.

Por otro lado, el fenómeno de la ultractividad consiste en que una norma sigue produciendo efectos jurídicos después de su derogatoria, es decir "se emplea la regla anterior para la protección de derechos adquiridos y expectativas legítimas de quienes desempeñaron ciertas conductas durante la vigencia de la norma derogada, no obstante existir una nueva que debería regir las situaciones que se configuren durante su período de eficacia por el principio de aplicación inmediata anteriormente expuesto"[17].

Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso sub-judice. El último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la ***retrospectividad****, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva,* ***"pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva"[18].*** *Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia.*

Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados ***y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.***

Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles "se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer"[19]. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen ***un derecho subjetivo*** *y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una* ***expectativa de ser nombrados****, cuando quiera que, quienes los*

[16] Ver, Sentencia 402 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz y Sentencia T-389 de 2009, M.P. Humberto Sierra Porto.
[17] Sentencia T- 525 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
[18] Sentencia T-564 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.
[19] Sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004[20].

Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley. *Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso.*

Por último, se aclara que en este caso no se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto de los potenciales aspirantes que podrían presentarse a los concursos públicos de méritos para acceder a los cargos que ahora serán provistos con las listas de elegibles vigentes en aplicación de la nueva ley. En efecto, tanto la situación de quienes tienen derechos adquiridos como de quienes aún no han consolidado derecho alguno, están reservadas para las personas que conformaron las listas de elegibles vigentes al momento de expedición de la ley, de manera que el resto de la sociedad está sujeta a los cambios que pueda introducir la ley en cualquier tiempo, por cuanto, en esas personas indeterminadas no existe una situación jurídica consolidada ni en curso.

3.6.4. Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del 2019, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que "las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, ***deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad*** *y que correspondan a los* ***"mismos empleos",*** *entiéndase con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con*

[20] La norma en cita dispone que: *"**ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio**. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; // b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa; (…) d) Por renuncia regularmente aceptada; // e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez* [Declarado EXEQUIBLE por la Corte en Sentencia C-501 de 2005, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.] // *f) Por invalidez absoluta; // g) Por edad de retiro forzoso; // h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario; // i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo* [Declarado EXEQUIBLE por la Corte en Sentencia C-1189 de 2005, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.] // *j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen; // k) Por orden o decisión judicial; // l) Por supresión del empleo;// m) Por muerte; // n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes."*

> *los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."*[21].
>
> *3.6.5. En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente."*

El anterior precedente, evidencia la exigencia constitucional del uso de las listas de elegibles para cargos no convocados u ofertados inicialmente o creados con posterioridad a la firmeza del registro, en aplicación el principio constitucional del mérito como garantía de acceso a la función pública.

8.7. EXAMEN DE PROCEDENCIA.

8.7.1. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA. El artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela puede ser **i)** directamente por la persona afectada o a través de representante, caso en el cual los poderes se presumirán auténticos; **ii)** por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales. Amén de ello, el inciso segundo de esa normatividad instituye un tercer punto, cuando indica que es viable la **agencia oficiosa** cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud.

Bajo ese orden de ideas, se observa que el artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

En esta oportunidad, la acción de tutela fue presentada por la señora DIANA MARGARITA HERNÁNDEZ CORONADO, quien afirma ser vecina del municipio de Sincelejo y ser la directamente afectada con la decisión de la accionadas de no utilizar la lista de elegibles vigentes para la provisión del cargo denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 219, Grado 3, de la planta de personal de la Alcaldía de Itagüí. Así, la señora DIANA MARGARITA HERNÁNDEZ CORONADO se encuentra legitimada en la causa por activa.

[21] Énfasis por fuera del texto original, Consultado en: https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos.

8.7.2. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA. De acuerdo con el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede, entre otras, contra la acción u omisión de autoridades públicas[22]. En este caso, la acción de tutela se impetra contra el Municipio de Itagüí y la Comisión Nacional del Servicio Civil, pues son autoridades públicas. Por lo demás, respecto del primero, la negativa de nombrar y posesionar a la accionante en el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 219, Grado 3, está vinculada con la función de administrar su planta de personal. Ahora bien, respecto de la Comisión, la Sala encuentra que la pretensión de la actora se fundamenta en su posición en la lista de elegibles adoptada en Resolución No. 20192110081025 del 18 de junio de 2019, por lo que, su eventual uso para proveer el cargo, involucra a la referida comisión, quien, por disposición de la Constitución[23] y de la ley[24], es la encargada de administrar, por regla general, las carreras administrativas y de adelantar los concursos para proveer estos cargos, con lo que, podría eventualmente verse afectada con una hipotética orden y por ello era necesaria su vinculación.

Ahora bien, la Sala observa que el juez de primera instancia mediante auto de obedecer y cumplir de data 4 de diciembre de 2020, ordenó a la Comisión Nacional del Servicio Civil, que notificara la presente acción de tutela a cada una de las personas que conforman la lista de elegibles contenida en la Resolución 20192110081025 del 18-06-2019, OPEC 34599, correspondiente al empleo Profesional Universitario, Código 210, Grado 3, del sistema general de carrera del Municipio de Itagüí. Para que ejerzan su derecho de contradicción y defensa si lo estiman conveniente y necesario. Del mismo modo, ordenó al Municipio de Itagüí, que notificara la tutela a todos los empleados que ocupan en provisionalidad los cargos de Profesional Universitario, Código 210, Grado 3, para que ejercieran su derecho de contradicción y defensa si lo estiman conveniente y necesario.

---

[22] Artículo 5 del Decreto 2191 de 1991: "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante y procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública…"

[23] "***Artículo 130.*** *Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial."*

[24] Ley 909 de 2004. *"**Artículo 7o. Naturaleza de la Comisión Nacional del Servicio Civil.** La Comisión Nacional del Servicio Civil prevista en el artículo 130 de la Constitución Política, responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. (…)"* y *"**Artículo 30. Competencia para adelantar los concursos.** Los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin. Los costos que genere la realización de los concursos serán con cargo a los presupuestos de las entidades que requieran la provisión de cargos."*

A juicio de esta Sala, con dicha decisión, el juez integró debidamente el contradictorio, comoquiera que, el municipio accionado notificó a la señora JOHANNA MARÍA RESTREPO NUÑEZ[25], quien ocupa en provisionalidad el cargo de Profesional Universitario, Código 210, Grado 3, al interior de la planta de la alcaldía de Itagüí, al cual espira ser nombrada la accionante, ante una eventual decisión favorable a sus pretensiones, sin embargo, esta no realizó intervención alguna.

Por último, se observa que la CNSC no aportó prueba de comunicar la presente acción de tutela a los demás integrantes de la lista de elegibles adoptada en la resolución del 18 de junio de 2019. En este caso, no se evidencia que la ausencia de tal elemento de convicción tenga alguna incidencia respecto de la debida integración del contradictorio, en aplicación al precedente de la Corte en el que se ha considerado necesaria la vinculación de todas las personas de una lista de elegibles, cuando su posición original en ella *"cambiaría por la modificación eventual de un criterio para fijar dicho orden"*[26], circunstancia que en esta oportunidad no es objeto de controversia; por tanto, en principio no existe un interés legítimo del resto de integrantes de la lista, que exija su notificación en el proceso[27], en razón a la ubicación en el registro de elegibles de la accionante y el sentido de sus pretensiones.

8.7.3. INMEDIATEZ: De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a pesar de no existir un término de caducidad para acudir a la acción de tutela, ésta debe presentarse en un lapso prudente y razonable después de ocurrir los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos. De este modo, ha dicho este Tribunal que esa relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el hecho vulnerador de los derechos fundamentales, debe evaluarse en cada caso concreto, atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En ese contexto, la Corte ha reiterado que, por un lado, *"(…) el requisito de la inmediatez no implica la imposición de un plazo inflexible y que el juicio sobre la oportunidad en la interposición de la acción debe hacerse en concreto, a la luz de las circunstancias de cada caso"28 y por el otro, "(…) pueden existir razones que expliquen la demora en acudir al amparo, caso en el cual no cabe acudir al principio de la inmediatez para declarar la improcedencia de la tutela"*[29]

Igualmente, en la sentencia **T-037 de 2013** ha señaló que la solicitud de amparo es procedente, cuando trascurrido un tiempo considerable entre la situación que dio origen a la afectación alegada y la presentación de la acción, sean analizadas las

[25] 70001333300520200016000_ACT_CONTESTACION_14-12-2020 10.45.33 a.m.
[26] Auto 193 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
[27] Auto 049 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, reiterado en el Auto 487 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
[28] Ver sentencia T-055 de 2008
[29] Ibídem

condiciones específicas del caso concreto, es decir, la valoración del requisito de inmediatez se vuelve menos estricto bajo las siguientes circunstancias:

> *"(i) La existencia de razones que justifiquen la inactividad del actor en la interposición de la acción. (ii) La permanencia en el tiempo de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante, esto es, que como consecuencia de la afectación de sus derechos, su situación desfavorable continúa y es actual. (iii) La carga de la interposición de la acción de tutela resulta desproporcionada, dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros".*

En el caso concreto, se observa que se cumple con el citado requisito, en tanto la última respuesta del Municipio de Itagüí respecto de la solicitud de nombramiento y posesión de la actora en el cargo de Profesional Universitario, código 219, grado 03, en la planta de personal de dicho ente data del 7 de septiembre de 2020 y la acción de tutela se presentó inicialmente el 6 de octubre del mismo año, es decir, que transcurrió menos de un mes entre ellas, tiempo que, a juicio de la Sala, es razonable.

8.7.4. SUBSIDIARIEDAD: Conforme al artículo 86 de la Carta y el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la naturaleza residual y subsidiaria de la acción de tutela circunscribe la procedencia del amparo en tres escenarios: *(i) la parte interesada no dispone de otro medio judicial de defensa; (ii) existen otros medios de defensa judicial, pero son ineficaces para proteger derechos fundamentales en el caso particular, o (iii) para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.* El carácter residual obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política y la ley a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en los principios de independencia y autonomía de la actividad jurisdiccional.

Dentro de este contexto, por regla general, la acción de tutela no procede contra los actos administrativos dictados dentro de un concurso de méritos, por cuanto el afectado puede acudir a los medios de defensa disponibles en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para el efecto. Incluso, con la expedición de la Ley 1437 de 2011, los demandantes pueden solicitar la adopción de medidas cautelares de todo tipo (preventivas, conservativas, anticipadas o de suspensión) cuyo contenido de protección es amplio y admiten su concurrencia dependiendo del caso (según la ley: *"el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias"* al mismo tiempo), con lo cual se pretende garantizar el acceso material y efectivo a la administración de justicia[30]. Esta circunstancia debe ser objeto de análisis en el estudio de procedencia de la acción de tutela.

---

[30] Sobre la introducción al ordenamiento jurídico de estas medidas en la Ley 1437 de 2011, esta Corporación, en Sentencia T- 610 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera, sostuvo que: *"el legislador realizó un esfuerzo importante para que las medidas cautelares se concibieran como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia pretendiendo de esta manera irradiar*

Ahora bien, desde una perspectiva general, la Corte ha sostenido que, pese a la existencia de las vías de reclamación en lo contencioso administrativo, existen dos hipótesis que permiten la procedencia excepcional de la acción de tutela. La primera, se presenta cuando existe el riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable, causal que tiene plena legitimación a partir del contenido mismo del artículo 86 del Texto Superior y, por virtud de la cual, se le ha reconocido su carácter de mecanismo subsidiario de defensa judicial. Y, la segunda, cuando el medio existente no brinda los elementos pertinentes de idoneidad y eficacia para resolver la controversia, a partir de la naturaleza de la disputa, de los hechos del caso y de su impacto respecto de derechos o garantías constitucionales.

Empero, también ha sido clara en considerar la falta de idoneidad del medio de control ante la jurisdicción contencioso administrativa para la protección integral de los derechos a la igualdad, debido proceso, trabajo y acceso a cargos públicos. Sobre el particular, en la sentencia **SU-613 de 2002** la Corte Constitucional expuso lo siguiente:

> *"(…) Existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos."*

En el mismo sentido axiológico, la H. Corte Constitucional reflexionó lo siguiente en la sentencia **SU-913 de 2009:**

> *"Sin embargo, 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"[25], en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos.*
>
> ***5.2** Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que*

el escenario administrativo de una perspectiva constitucional. Ello es razonable en la medida en que el carácter proteccionista de la Carta Política debe influir en todo el orden jurídico vigente como reflejo de su supremacía, lo que supone que las demás jurisdicciones aborden los asuntos puestos a su consideración desde una visión más garantista y menos formal del derecho."

> *requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular".*

En igual sentido, en sentencia **T-160 de 2018,** frente la procedencia excepcional de la acción de tutela en el concurso de méritos señalo lo siguiente:

> *(…)*
> *Esta Sala de revisión encuentra que la acción de amparo constitucional se convierte en el mecanismo idóneo de defensa judicial, para resolver la controversia sometida a revisión, por una parte porque las pretensiones del accionante no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, pretensión para la cual puede acudir a los medios de control de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, sino que pretende demostrar que la aplicación de estas normas lesionan sus derechos fundamentales"*

En Sentencia **T-059 de 2019**[31]**,** en el marco de un concurso de méritos, la Corte manifestó que:

> "Las acciones de tutelas 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. (…)"
>
> "Particularmente, cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que **(i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley**. En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que[,] a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico. (…)"
>
> "Por último, es importante poner de presente que, pese a que se podría sostener que la pretensión de la acción de tutela, se podría satisfacer mediante la solicitud de medidas cautelares, lo cierto es que en el fondo se plantea una tensión que involucra el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales.// Lo anterior, en la medida en que tal y como se estableció en las Sentencias C-645 de 2017, C-588 de 2009, C-553 de 2010, C-249 de 2012 y SU-539 de 2012, el mérito es un principio fundante del

[31] M.P. Alejandro Linares Cantillo.

> Estado colombiano y del actual modelo democrático, en la medida en que tiene un triple fundamento histórico, conceptual y teleológico. En efecto, el principio del mérito se estableció en el ordenamiento jurídico con la finalidad de proscribir las prácticas clientelistas, para garantizar un medio objetivo de acceso, permanencia y retiro del servicio público y, por último, para hacer efectivos otros derechos que encuentran garantía plena a través de éste, al tiempo que se materializan los principios de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución. (…)"[32].

En este orden de ideas, se concluye que la acción de tutela es procedente por vía de excepción para cuestionar actos administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos, y que, más allá de la causal del perjuicio irremediable, cabe examinar la eficacia en concreto del medio existente y de la viabilidad sumaria de las medidas cautelares, teniendo en cuenta, como ya se dijo, la naturaleza de la disputa, los hechos del caso y su impacto respecto de derechos, principios o garantías constitucionales, siendo, prevalente, en este escenario, la protección del mérito como principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, como lo señaló expresamente Sentencia **T-059 de 2019[33].**

En este contexto, es claro para el Tribunal, contrario a lo sostenido por el *A quo,* que la acción de tutela se torna procedente como mecanismo principal de protección a los derechos fundamentales invocados por la accionante; en primer lugar, porque la accionante actualmente ocupa el primer lugar en la lista de elegibles contenida en la Resolución N° CNSC-20192119981025 del 18 de junio de 2019, luego de haberse ocupado los dos empleos que inicialmente fueron objeto de convocatoria, por lo que, al haberse generado nuevas vacantes definitivas frente a un cargo equivalente para el cual concursó, aparece la disputa que es objeto de la presente acción de amparo, consistente en determinar si es dable el nombramiento en provisionalidad en dicho cargo, o si, por el contrario, debía el municipio de Itagüí hacer uso de la lista de elegibles vigentes en el orden y conforme al mérito demostrado, por parte de las personas que concursaron para acceder a la función pública.

En segundo término, porque el mecanismo ordinario ante lo contencioso administrativo no siempre es eficaz y en este caso en particular, se tiene que, la vigencia de la lista de elegibles se limitó a dos años, por lo que si ella quedó en firme el día 5 de julio de 2019, la posibilidad de utilizarla se extiende hasta máximo el 5 del mismo mes **pero del año 2021;** luego entonces, al encontrarnos en el mes de febrero de 2021, estima esta colegiatura que prontamente perderá vigencia dicho registro, por lo que dicha situación se encuadra en una de las sub-reglas jurisprudenciales de procedencia; adicionalmente, la accionante no está cuestionando la conformación y/o vigencia del registro de elegibles, sino su materialización por parte del Estado como corolario de un derecho fundamental, el

[32] Énfasis por fuera del texto original.
[33] M.P. Alejandro Linares Cantillo.

acceso a cargos públicos por mérito, de suerte que someterla al inicio de una acción ordinaria de naturaleza legal e indemnizatoria, sería alargar más un debate de naturaleza evidentemente constitucional; con la consecuencia, de que al momento de proferirse una decisión definitiva en sede de lo contencioso administrativo, la lista de elegibles definitivamente ya no estaría vigente y, por ende, la accionante no podría ocupar el cargo al que –según alega– tiene derecho, con lo cual únicamente podría recibir una compensación económica. Hecho que, no garantiza la eficacia del derecho fundamental de acceso a cargos públicos (Art 125 C.P.) y excluye la verificación del mérito, en contravía del mandato del artículo 2 Superior[34].

Además de las razones previamente expuestas, se considera que la pretensión del accionante tampoco se enmarca dentro del escenario de efectividad de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo; por cuanto se itera, no se cuestiona la vigencia y/o conformación del registro de elegibles, en el que ella en este momento se encuentra en primer lugar, sino la negativa de su nombramiento y en la hipotética suspensión provisional de dicho acto administrativo, aquello tampoco le garantiza el acceso a cargos públicos por mérito que es el debate constitucional propuesto, con el agravante que el registro habrá vencido.

Por los argumentos expuestos, se encuentra superado el principio de subsidiariedad en el presente asunto, al advertirse la falta de idoneidad de las vías de lo contencioso administrativo, incluida la acción de cumplimiento, pues según el artículo 9° de la Ley 393 de 1997, aquella no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la acción de tutela, lo que amerita su examen a través de la presente acción constitucional, como medio principal de protección de los derechos invocados

9. CASO CONCRETO. Solicita la accionante el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, efecto útil de las listas de elegibles, igualdad de acceso al desempeño de funciones públicas y cargos del estado, al trabajo, confianza legítima, buena fe, carrera administrativa, respeto al mérito, presuntamente vulnerados por la Alcaldía de Itagüí y la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC, al no dar aplicación al criterio unificado para el uso de las listas de elegibles vigentes y a la Ley 1960 de 2019, y en consecuencia, pretende que se proceda a su nombramiento en el cargo de Profesional Universitario, Código 210, Grado 3, teniendo en cuanta que se encuentra en primer lugar y en espera.

[34] En un caso similar, en el que se cuestionaba la provisión de cargos de carrera de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles, la Corte consideró que la acción de tutela es el mecanismo judicial eficaz e idóneo "cuando se corre el riesgo de que en el trámite de una de las vías con que pueda contar el tutelante, la lista de elegibles pierda vigencia y la hipotética protección que deba extenderse quede sin sustento". Sentencia T-319 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos.

La Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC-, en su informe manifestó que la tutela no es idónea para cuestionar la legalidad de actos administrativos, toda vez que se disponen de otros medios o recursos de defensa judicial. Indicó también que, la actora concursó en la Convocatoria 429 de 2016 - ANTIOQUIA, para el empleo, identificado con el código OPEC No. 34599, denominado Profesional Universitario, grado 3, quien agotadas las fases del concurso ocupó la posición No. 3, en la lista de elegibles conformada mediante la Resolución No. CNSC – 20192110081025 del 18 de junio de 2019, para proveer dos (2) vacantes, la cual fue remitida al municipio para que se procediera a realizar los nombramientos de aquellos elegibles que ocuparon una posición meritoria en la lista, conforme el número de vacantes ofertadas para esa OPEC en estricto orden de mérito, es decir la primera posición. Precisó que, para el empleo en mención se ofertaron únicamente dos (2) vacantes y como la accionante ocupó la posición No. 3, es decir una (1) vacante por encima de los primeros lugares, no era posible que se realizara su nombramiento, pues queda claro que no ocupó una posición meritoria en cuanto al número de vacantes ofertadas en el empleo.

Tocante a la procedencia del uso de la lista de elegibles, señaló que para que se dé el uso de listas se deben presentar dos situaciones:

i) Una primera situación es que, cuando un elegible que ha ocupado una posición meritoria no acepta el nombramiento en período de prueba o no se pronuncia, es deber de la entidad expedir el acto administrativo de derogatoria, caso contrario cuando el elegible ya ha tomado posesión del empleo y renuncia se expide el acto administrativo de aceptación de renuncia, caso en el cual el «uso de listas es automático», y en este evento, la entidad respectiva se encuentra autorizada para hacer uso en estricto orden de méritos de las listas de elegibles durante la vigencia de la lista de elegibles según lo dispone el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, ello, de conformidad con el artículo 2.2.5.1.12 del Decreto 648 de 2017. Y la **ii)** segunda ocurre cuando se presente la renuncia o se declare la vacancia definitiva, superado el período de prueba, o cuando la entidad crea nuevos cargos, durante la vigencia de las listas de elegibles.

En este último evento, la entidad debe solicitar autorización para hacer «**uso de la lista con cobro**», de conformidad con lo determinado en el inciso 4° del artículo 30 de la Ley 909 de 2004, donde establece que las entidades que utilicen las listas de elegibles resultado de los concursos adelantados por esa Comisión, deberán sufragar los costos determinados, para lo cual se expidió la Resolución No. 0552 del 21 de marzo de 2014, donde se estableció la tarifa para el uso de las listas de elegibles para las entidades pertenecientes al sistema general de carrera administrativa, la cual asciende a la suma de un salario mínimo legal mensual vigente para entidades del orden nacional y medio salario mínimo legal mensual vigente para entidades del

orden territorial, por cada vacante a ser provista. Y en el caso que se presenten vacantes por la creación de nuevos cargos por parte de la entidad, previo a realizar la solicitud de uso de listas con cobro, la entidad nominadora deberá reportarlas en el aplicativo SIMO de conformidad con el criterio unificado del 16 de enero de 2020 y la circular externa 0001 de 2020, expedidos por esta Comisión Nacional, para que sean provistos con la lista de elegible que se encuentren vigentes.

A su turno, el MUNICIPIO DE ITAGÜÍ, rindió informe manifestando que no se ha desconocido la lista de elegibles, puesto que, conforme a los actos administrativos de la Comisión Nacional del Servicio Civil, la señora Hernández Coronado ocupó el tercer lugar de la lista de elegibles para la OPEC 34599, cargo que ofertó dos vacantes, siendo ocupados por los primeros de la lista. Precisando que, frente a la OPEC 34599 no hay empleos para proveer.

En cuanto al principio de retrospectividad de la ley, señaló que la lista de elegible para la precitada OPEC es una situación jurídica consolidada, conformada por la CNSC, donde se establecen los nombres, lugares que ocuparon cada uno de los aspirantes y también se estableció su vigencia, de allí que, no puede alegarse que es un acto administrativo que está en construcción, ni que es una situación de hecho.

El juez de primera instancia, sin adentrarse en el estudio del precedente **T-340 de 2020**[35] citado en la providencia que anuló la actuación por irregularidades en la vinculación del contradictorio, declaró la improcedencia de la acción, al considerar que la accionante contaba otros mecanismos de defensa; esto es, los medios de control nulidad y restablecimiento del derecho y la acción de cumplimiento, para cuestionar dichos actos. Aunado a ello, sostuvo que la peticionaria no logró probar la ocurrencia de un perjuicio irremediable que desplace los mecanismos ordinarios de defensa, ello comoquiera que el argumento que esgrimió fue la vigencia de la lista de elegibles contenida en la Resolución 20192110081025 del 18-06-2019, cuando lo cierto es que, la lista tendría validez hasta el 5 de julio de 2021.

Conforme lo anterior, queda claro que, la pretensión de la actora gira entorno a la utilización del registro de elegibles adoptado en la Resolución No. 20192110081025 expedida el 18 de junio de 2019; específicamente, en la aplicación de la Ley 1960 de 2019, para hacer uso de la lista vigentes precitada, para proveer el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 3, vacante en la planta de personal del Municipio de Itagüí

[35] Sentencia T-340 de 2020.

Revisadas las pruebas que militan en el expediente, se encuentra demostrado hasta este momento que, la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC- mediante la Resolución No. 20192110081025 del 18-06-2019, conformó y adoptó la lista de elegibles para proveer Dos (2) vacantes del empleo de carrera identificado con el código **OPEC No.34599**, denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 3, del Sistema General de Carrera de la Alcaldía de Itagüí, ofertado a través de la Convocatoria No. 429 de 2016 – Antioquia, ocupando la accionante el tercer lugar, con un puntaje de 68.85, tal como se relaciona a continuación (ad litteram):

Posición	Tipo doc	Documento	Nombres	Apellidos	Puntaje
1	CC	98531744	JOSE ARJEDI	ATEHORTUA OSSA	72.33
2	CC	32298950	LIANA CAROLINA	OROZCO DIOSA	72.29
3	CC	1102848129	DIANA MARGARITA	HERNANDEZ CORONADO	68.85
4	CC	1013616893	DIANA MARCELA	MEZA CALDERÓN	65.70
5	CC	1022096594	LUISA MARIA	BUSTAMANTE MURIEL	65.38
6	CC	1037596455	DAVID	MEJÍA MONTOYA	61.54

De la respuesta al derecho de petición **emanado del Municipio de Itagüí** de data 7 de septiembre de 2020, se relacionan los cargos de la planta de empleos de carrera administrativa con denominación de Profesional Universitario, Código 219, Grado 03, de conformidad con el Decreto 329 de 2020, con asignación básica mensual de $4.788.342 y se encuentran de la siguiente forma:

DENOMINACION	CÓDIGO	GRADO	NATURALEZA	SITUACIÓN	SECRETARÍA	FECHA DE INGRESO	OBSERVACION
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	CARRERA ADMINISTRATIVA	SECRETARÍA DE EDUCACIÓN	23/11/2011	Decreto N° 559 de14/06/2011
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	CARRERA ADMINISTRATIVA	SECRETARÍA DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS	5/08/2019	Decreto N° 800 de 22/07/2019 OPEC 34594
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	CARRERA ADMINISTRATIVA	SECRETARÍA DE HACIENDA	13/08/2019	Decreto N° 880 de 22/07/2019 OPEC 34599
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	CARRERA ADMINISTRATIVA	SECRETARÍA DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS	3/12/2019	Decreto N° 846 de 22/07/2019 OPEC 34606
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	CARRERA ADMINISTRATIVA	SECRETARÍA DE HACIENDA	17/12/2019	Decreto N° 881 de 22/07/2019 OPEC 34599
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	CARRERA ADMINISTRATIVA	SECRETARÍA DE GOBIERNO	3/09/2019	Decreto N° 864 de 22/07/2019 OPEC 34596
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	CARRERA ADMINISTRATIVA	DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN	10/09/2019	Decreto N° 839 de 22/7/2019 OPEC 34602
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	CARRERA ADMINISTRATIVA	DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN	17/06/2011	Decreto N° 533 de 8/06/2011
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	CARRERA ADMINISTRATIVA	SECRETARÍA DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS	17/02/1993	Decreto N° 51 de 9/02/1993
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	CARRERA ADMINISTRATIVA	DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN	8/01/2020	Decreto N° 867 de 22/07/2019 OPEC 34593
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	VACANTE	SECRETARÍA DE MOVILIDAD	VACANTE	Vacante desde 01/09/2020
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	PROVISIONALIDAD	SECRETARÍA DE HACIENDA	4/02/2019	Decreto N° 39 del 24/01/2019 En Vacancia Definitiva Luego de la Convocatoria 429 DE 2016

PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	ENCARGO	SECRETARÍA DE MOVILIDAD	18/09/2013	Decreto 1044 18/09/2013 OPEC 34604, quedo desierto en la Convocatoria 429 DE 2016
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	CARRERA ADMINISTRATIVA	SECRETARÍA DE GOBIERNO	16/03/1995	Decreto N° 290 de 16/03/1995
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	VACANTE	SECRETARÍA DE MOVILIDAD	VACANTE	Vacante desde 24/02/2020
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	VACANTE	SECRETARÍA DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL	VACANTE	Vacante desde 16/04/2020
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	CARRERA ADMINISTRATIVA	SECRETARÍA DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS	6/08/2019	Decreto N° 787 de 22/07/2019 OPEC 34608

Lo anterior evidencia que, de la **OPEC 34599**[36]**,** misma para la cual participó la accionante, fueron nombrados en carrera administrativa dos empleos en la Secretaría de Hacienda del Municipio de Itagüí.

Igualmente se constata que, para el mismo cargo y denominación, esto es, Profesional Universitario, Código 219, grado 3, *hay otras OPEC*, tales como, la 34594; 34606[37]; 34596[38]; 34602[39]; 34593[40]; 34604[41] y 34608[42].

De otra parte, de la atenta lectura de la aludida respuesta del ente territorial, se evidencia que el Municipio relaciona un total de **cinco** (5) empleos vacantes de carrera administrativa originados con posterioridad al concurso de méritos 429 de 2016 con la denominación Profesional Universitario, Código 219, Grado 03 y en principio, no se advierte que las vacantes reseñadas correspondan a una de las diferentes OPEC ofertadas inicialmente en la Convocatoria N° 429 de 2016 – ANTIOQUIA; precitada, precisamente por la fecha en que se generaron, así:

---

[36] **OPEC 34599** - **Estudio:** Título profesional del núcleo básico de conocimiento en: **Derecho y Afines,** Administración, Contaduría Pública, Economía. Tarjeta profesional en los casos reglamentados por la Ley - **Experiencia:** Nueve (9) meses de experiencia profesional. – **Dependencia:** ***Secretaría de Hacienda***

[37] OPEC 34606 - **Estudio:** Título profesional del núcleo básico de conocimiento en: **Derecho y Afines,** Administración, Ingeniería Administrativa y Afines, Ingeniería Industrial y Afines. Tarjeta profesional en los casos reglamentados por la Ley. **Experiencia:** Nueve (9) meses de experiencia profesional. – **Dependencia:** Secretaría de Servicios Administrativos.

[38] OPEC 34596 - **Estudio:** Título profesional del núcleo básico de conocimiento en: **Derecho y Afines**. Tarjeta profesional en los casos reglamentados por la Ley. - **Experiencia:** Nueve (9) meses de experiencia profesional – **Dependencia:** Secretaria de Gobierno - Cantidad: 1

[39] OPEC 34602 - **Estudio:** Título profesional del núcleo básico de conocimiento en: **Derecho y Afines**. Tarjeta profesional en los casos reglamentados por la Ley. - **Experiencia:** Nueve (9) meses de experiencia profesional - **Dependencia:** DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACION - Cantidad: 1

[40] OPEC 34593 - **Estudio:** Título profesional del núcleo básico de conocimiento en: Comunicación Social, Periodismo y Afines, **Derecho y Afines**, Administración, Contaduría Pública, Economía, Arquitectura y Afines, Ingeniería Administrativa y Afines, Ingeniería Industrial. Tarjeta profesional en los casos reglamentados por la Ley - **Dependencia:** DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACION.

[41] OPEC 34604 - **Estudio:** Título profesional del núcleo básico de conocimiento en: **Derecho y Afines.** Tarjeta profesional en los casos reglamentados por la Ley. - **Experiencia:** Nueve (9) meses de experiencia profesional - **Dependencia:** Secretaría de movilidad

[42] OPEC 34608 - **Estudio:** Estudio: Título profesional del núcleo básico de conocimiento en: **Derecho y Afines,** Administración, Ingeniería Administrativa y Afines, Ingeniería Industrial y Afines. Tarjeta profesional en los casos reglamentados por la Ley. - **Experiencia:** Nueve (9) meses de experiencia profesional - **Dependencia:** Secretaría de movilidad

CÓDIGO	GRADO	NATURALEZA	SITUACIÓN	SECRETARÍA
219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	VACANTE	SECRETARIA DE MOVILIDAD – vacante desde el 1/09/2020
219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	VACANTE	SECRETARIA DE MOVILIDAD - vacante desde el 24/02/2020
219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	VACANTE	SECRETARIA DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL- vacante desde el 16/04/2020
219	3	CARRERA ADMINISTRATIVA	VACANTE Encargo	SECRETARIA DE MOVILIDAD – Decreto 1044 del 18/09/ Desierto en la convocatoria
219	**3**	**CARRERA ADMINISTRATIVA**	**VACANTE Provisionalidad**	**SECRETARIA DE HACIENDA – Decreto 39 del 24/01/ de 2019 - en vacancia definitiva luego de la convocatoria**

Delimitado lo anterior, se centra este Tribunal en analizar si, en el presente asunto, es procedente dar aplicación a la ley 1960 de 2019.

Inicialmente, conviene precisar que, la regla aplicable al caso en vigencia del numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, que establecía que las listas de elegibles vigentes sólo serían usadas para cubrir las vacantes inicialmente ofertadas[43] y la jurisprudencia unificada de la Corte Constitucional antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, establecía en que sólo se podía hacer uso de la lista de elegibles para proveer los cargos inicialmente ofertados, como en efecto se hizo. Aunado, el parágrafo 1 del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, que compiló el Decreto 1227 de 2005, antes de ser modificado por el Decreto 498 de 2020[44], reafirmaba la limitante de proveer vacancias definitivas de cargos no convocados. De forma que, una nueva vacante no convocada debería ser ocupada mediante la figura de encargo o de provisionalidad, mientras se adelantaba un nuevo concurso de méritos. Tal como en efecto ocurrió en el sub examine.

Ahora bien, en razón al el cambio normativo (Ley 1960) y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir de la sentencia **T-340 de 2020[45]** en torno al uso de las listas de elegibles vigentes a cargos equivalentes no ofertados, no es posible aplicar el precedente de la Corte antes citado en el *sub-examine*, bajo el entendido que, en el nuevo escenario y contexto, de acuerdo con la regulación consagrada en la Ley 1960 del 2019, resultaba obligatorio utilizar la lista de elegibles vigentes para proveer las

[43] Ley 909 de 2004. *"**Artículo 31. Etapas del proceso de selección o concurso.** El proceso de selección comprende: (...) 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."*
[44] La modificación contenida en ese decreto, artículo 1, establece el uso de las listas de elegibles *"para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad."*
[45] Sentencia T-340 de 2020.

vacantes equivalentes, que para el caso sería del cargo de Profesional Universitario, código 219, grado 3, del Sistema General de Carrera de la Alcaldía de Itagüí, pues así lo indica la Corte Constitucional en su precedente, incluyendo específicamente la hipótesis que se alega por la actora, pues estableció que *"el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos* expuestos en la referida ley"; dicha tesis, garantiza el principio del mérito y asegura la realización de los principios economía, eficiencia y eficacia de la función pública, lo cual resulta claramente concordante con la reclamación realizada por la actora.

No debe olvidarse que el concurso de méritos es un proceso con varias fases, siendo la última (y una de las principales por ser su objeto), la de que con la lista de elegibles "*y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad*", siendo ésta precisamente la modificación introducida al numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 " *Etapas del proceso de selección o concurso"* por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

En esa medida, no puede considerarse que la emisión de la lista de elegibles inmoviliza el concurso; dado que, la lista continúa proyectándose en el tiempo, y mientras el registro conserve su vigencia, como es aquí el caso, sigue desplegando efectos jurídicos. Así las cosas, al no haber una situación jurídica consolidada en palabras de la Corte Constitucional, no puede afirmarse por ende que la Ley 1960 no puede aplicarse, pues tal entendimiento iría en contravía del precedente último ya reseñado y trascrito, en donde ha aceptado la aplicación retrospectiva de la precitada ley a las convocatorias que se desarrollaron en vigencia de la Ley 909 de 2004, pero cuya lista se conformó con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley y/o se encontraban vigentes a esa fecha[46], interpretación que garantiza el principio constitucional de la carrera administrativa consignado en el artículo 125 Superior, que además, en su faceta de norte hermenéutico, orienta la debida interpretación legal.

Específicamente sobre la aplicación retrospectiva de la ley 1960 de 2019, la Corte Constitucional en sentencia **T-340 de 2020**, sostuvo:

> *"Así las cosas, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley aplica a la situación de las personas que ocupan un lugar*

[46] 27 de junio de 2019

en la lista de elegibles que excedía el número de vacantes ofertadas y por proveer. Es decir que, si son las siguientes en orden y existe una lista vigente, en caso de producirse una vacante para ese empleo, aun cuando no haya sido ofertado, tendrán derecho a ser nombradas en las vacantes definitivas que se vayan generando, de conformidad con lo dispuesto en la referida ley. Sin embargo, en cada caso concreto, la entidad cuyas necesidades de personal se pretenden satisfacer mediante el concurso deberá realizar los trámites administrativos para reportar las vacantes definitivas de los cargos a la CNSC, así como los trámites financieros y presupuestales para poder hacer uso de las referidas listas.

De hecho, en este punto debe recordarse que la misma Comisión Nacional del Servicio Civil modificó su postura en torno a la aplicación de la referida ley y dispuso que las listas de elegibles y aquellas que sean expedidas en procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán ser usadas durante su vigencia para cubrir las nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos". En este punto no sobra recordar que el pronunciamiento de dicha autoridad goza de un valor especial, por ser el organismo que, por mandato constitucional, tiene la función de administrar las carreras de los servidores públicos (CP. art. 130).

3.7.4 En el caso concreto del accionante, la Corte considera que hay lugar a aplicar retrospectivamente el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, modificado por la Ley 1960 de 2019 y, en consecuencia, a aplicar directamente la lista de elegibles, por las siguientes razones:

i. El 3 de julio de 2019, fecha en la cual el Tribunal Administrativo de Santander profirió la sentencia de segunda instancia, ya se había expedido la Ley 1960 del año en cita.
ii. En esa misma fecha la lista de elegibles continuaba vigente, comoquiera que adquirió firmeza el 31 de julio de 2018, es decir, venció el 30 de julio de 2020.
iii. De conformidad con la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018, en la cual la CNSC adoptó la lista de elegibles para el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal San Gil, regional Santander, el accionante era el siguiente en el orden, luego de haberse producido el nombramiento de las dos vacantes convocadas inicialmente.
iv. El cargo en el que solicita ser nombrado el señor Ángel Porras se encontraba en vacancia definitiva y estaba provisto en encargo, tal como lo reconoce el ICBF en la contestación de la acción de tutela.
v. El referido cargo tiene la misma denominación, grado, código y asignación básica, además de presentarse en el centro zonal de San Gil, regional Santander, hecho que no fue controvertido por las partes durante el trámite de la acción de tutela.

Ante este panorama, cabe aclarar que el uso de la lista de elegibles por parte del juez de tutela, con fundamento en estas excepcionales razones, no obsta para que el ICBF adelante los trámites administrativos, financieros y presupuestales para legalizar su uso. Por otro lado, también advierte la Sala que, para el momento en que se cumplió con la orden de nombramiento en período de prueba del accionante (2 de septiembre de 2019[47]), la Comisión Nacional del Servicio Civil no había dictado los lineamientos para la provisión de forma definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa mediante concursos de ascenso, como lo ordena la Ley 1960 de 2019, por lo que se entiende que la vacante en la que fue nombrado el accionante estaba disponible para proveer."

[47] Según lo informó el ICBF en el escrito mediante el cual solicitó la revisión del expediente, el nombramiento y posesión del accionante se hizo efectivo en Resolución 7554 del 2 de septiembre de 2019.

En ese entendido y dando aplicación al último precedente de nuestro Tribunal Constitucional, no cabe duda para esta Sala que, conforme al orden establecido en la lista de elegibles vigente y ante la existencia de vacantes definitivas con la misma denominación y código, para el cargo al cual concursó, ocupados en este momento en provisionalidad, que la señora DIANA MARGARITA HERNÁNDEZ CORONADO tiene derecho a que le sea aplicada la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia, el Municipio de Itagüí debe utilizar las listas de elegibles vigentes para proveerlos si se encuentra que son equivalentes funcionalmente, de conformidad con las siguientes razones de hecho y de derecho:

i) La lista de elegibles (resolución No. CNSC-20192110081025 del 18 de junio de 2019, quedó en firme con posterioridad a la expedición de *la Ley 1960 de 2019, esto es, el 5 de julio de 2019*

ii) *El registro de elegibles continua vigente y produciendo efectos*

iii) *De conformidad con la Resolución No.* CNSC-20192110081025 del 18 de junio de 2019*, en la cual la CNSC adoptó la lista de elegibles para el cargo de Profesional Universitario, código 219, grado 3, del sistema general de la Alcaldía de Itagüí, ofertado a través de la convocatoria No. 429 de 2016, la accionante ocupó el tercer lugar, hoy primero en la lista, luego de haberse producido el nombramiento de las dos vacantes convocadas inicialmente*

iv) *Existente actualmente en la Alcaldía de Itagüí cargos que tiene la misma denominación, grado, código y asignación básica, en vacancia definitiva, los cuales, según el informe rendido por el ente accionado en esta acción de tutela, se encuentran ocupados en provisionalidad; especialmente aquel ubicado en la SECRETARIA DE HACIENDA – Decreto 39 del 24/01/ de 2019 - en vacancia definitiva luego de la convocatoria.*

v) *La Corte consideró en su precedente, que hay lugar a aplicar retrospectivamente el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, modificado por la Ley 1960 de 2019 y, en consecuencia, a utilizar directamente la lista de elegibles, pues el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley.*

Por lo antepuesto, a juicio de esta Sala, si bien es cierto el código OPEC es un dato indicador, lo que define jurídicamente al empleo o cargo público aparte del perfil

profesional, código y grado, ***son especialmente sus funciones (Art 122 C.P.)***[48]; es decir, no basta con expresar que no hay vacantes en tal registro, sino que es necesario establecer si existen otros cargos con idénticas o similares funciones a los que pueda acceder quien concursó y se encuentra en una lista de elegibles vigente; lo anterior, para materializar los principios constitucionales del Mérito (Art 125 C.P.) y de la función administrativa (Art 209 C.P.), que cumplen una función bisagra y articuladora de variados fines valiosos para el ordenamiento constitucional; luego entonces, la negativa expresada a la accionante, evidencia la vulneración a los derechos invocados en la solicitud de amparo, pues dicha actuación no garantiza la primacía de los derechos fundamentales y de la propia Constitución, por lo que se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar, se tutelará el derecho fundamental al acceso a los cargos públicos por mérito.

Ahora, dado que el trámite para proveer vacantes, así como el nombramiento de un funcionario en carrera es complejo, pues confluyen diversas fases, actividades y autoridades, algunas de las cuales no cuentan con un término legal, esta Colegiatura dará las siguientes órdenes:

ORDENAR que en el plazo de cinco (5) días contados a partir de la notificación de esta decisión, la alcaldía del municipio de Itagüí verifique en su planta global los empleos aquellos que cumplen con funciones *equivalentes*[49] para el cargo de profesional universitario para el que concursó DIANA MARGARITA HERNÁNDEZ CORONADO; entre otros, aquel ubicado en la SECRETARIA DE HACIENDA – Decreto 39 del 24/01/ d 2019 - en vacancia definitiva luego de la convocatoria, con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO).

De darse tal correspondencia entre cargos, ***dentro de los 5 días siguientes*** deberá continuar con el proceso meritocrático[50] de conformidad con las normas que regulan

---

[48] **ARTICULO 122**. <Artículo corregido por Aclaración publicada en la Gaceta No. 125> No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (…)

[49] **ARTÍCULO 2.2.11.2.3 Empleos equivalentes**. *Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior*, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.

[50] **CSJ STC8488-2017**

> *«Meritocracia del latín "meritum, meritus, mereri", que significa, recompensar, ganar, merecer y del griego "kratos" poder, y por consecuencia la forma de gobierno basada en el mérito, estructura una modalidad de discriminación positiva que permite por vía del mérito, de las capacidades y del esfuerzo conquistar cargos, buscando la excelencia en quienes han de actuar como servidores públicos para la comunidad, pero principalmente de quienes deben*

el asunto. Dentro del mismo plazo, notificará a la accionante si no se presenta la reseñada correspondencia.

En todo caso, las actuaciones que adelanten el Municipio y la CNSC, globalmente consideradas no podrán tener una duración mayor de 60 días, y para su cabal realización las Accionadas deberán proceder de manera coordinada y colaborativa, en función del principio consignado en el artículo 113 de la Constitución Nacional.

9.1. Conclusión. Dentro del trámite constitucional se evidenció la vulneración de los derechos fundamentales alegados por la señora DIANA MARGARITA HERNÁNDEZ CORONADO, por parte de la CNSC y de la Alcaldía del municipio de Itagüí, razón por la cual este Tribunal **revocará** la sentencia impugnada y en su lugar ampararán los derechos fundamentales invocados como vulnerados.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA TERCERA DE DECISIÓN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral Circuito Sincelejo el 15 de diciembre de 2020, en su lugar, **AMPARAR** los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso administrativo y acceso a los cargos públicos por mérito de la señora DIANA MARGARITA HERNÁNDEZ CORONADO, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENAR que en el plazo de cinco (5) días contados a partir de la notificación de esta decisión, la alcaldía del municipio de Itagüí verifique en su planta global los empleos, aquellos que cumplen ***con funciones equivalentes para el cargo de profesional universitario para el que concursó*** DIANA MARGARITA HERNÁNDEZ CORONADO, entre otros, aquel ubicado en la SECRETARIA DE HACIENDA – Decreto 39 del 24/01/ de 2019 - en vacancia definitiva luego de la convocatoria, con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015[51], los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO).

---

ejecutar los cometidos constitucionales y, a su vez, materializar en nombre del Estado, los principios, valores y derechos previstos en la Carta."

[51] **ARTÍCULO 2.2.11.2.3 *Empleos equivalentes***. Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.

De darse tal correspondencia entre cargos, dentro de los 5 días siguientes a los cinco inicialmente otorgados para realizar el respectivo estudio, deberá continuar con el proceso meritocrático de conformidad con las normas que regulan el asunto. Dentro del mismo plazo, notificará a la accionante si no se presenta la reseñada correspondencia.

En todo caso, las actuaciones que adelanten el Municipio y la CNSC, globalmente consideradas no podrán tener una duración mayor de 60 días y para su cabal realización las Accionadas deberán proceder de manera coordinada y colaborativa, en función del principio consignado en el artículo 113 de la Constitución Nacional.

TERCERO: Notifíquese por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y envíese copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

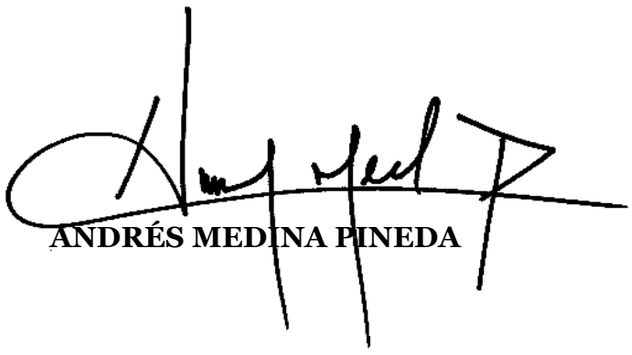
CUARTO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al MUNICIPIO DE ITAGÜÍ, PUBLICAR en sus respectivas páginas *web,* la presente decisión, con el fin de notificar a los terceros interesados y vinculados.

QUINTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, REMÍTASE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con el 32 del Decreto 2591 de 1991.

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión virtual de la fecha

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ANDRÉS MEDINA PINEDA

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR
Medellín

SALA PENAL

Radicado: 05001 31 87 002 2020-00152
Accionantes: Carlos Alberto Mena Rojas
Accionado: SENA y otros
Decisión: Revoca
Magistrada Ponente: Martha Alexandra Vega Roberto.

Aprobado mediante Acta número 40

Medellín, tres (3) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

1.- OBJETO DE LA DECISIÓN

Subsanada la nulidad decretada el 8 de marzo de 2021, procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por el accionante Carlos Alberto Mena Rojas contra el fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín el 17 de marzo pasado, a través del cual se negó el amparo invocado contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y otros.

2. – HECHOS

Se consignaron en el fallo impugnado de la siguiente manera:

> *"Manifiesta el accionante, que mediante Acuerdo N° CNSC-20171000000116 del 24 de julio de 2017, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), convocó a Concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, Convocatoria N° 436 de 2017 – SENA.*
>
> *Indica que se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, para el empleo de nombre Instructor, Código 3010, Grado 1, de la OPEC 60466, para la entidad de derecho público*

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE, para lo cual cumplió con todos los requisitos necesarios para formalizar su inscripción, y realizó todas las pruebas: Verificación de Requisitos Mínimos, de Competencias Básicas y funcionales – A, Pruebas sobre competencias Comportamentales – A y Valoración de Antecedentes – A, que formaban parte del proceso, por lo que logró alcanzar el tercer lugar, ahora el primer lugar por la recomposición automática de las listas, habiéndose ordenado el nombramiento de las dos primeras personas de la lista.

Mediante Resolución Nº CNSC - 20182120195195 del 24 de diciembre de 2018 está registrado en el puesto 3 con 78.77 puntos (Ahora en primero (1°) por recomposición automática de la lista de elegibles, puesto que las dos personas que se encontraban en el primero y segundo puesto lograron ser nombradas).

Indica que el día 27 de junio de 2019, se expidió la Ley 1960 del 2019 "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones" en cuyo artículo 6 se consignó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

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 ésta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad.

Posteriormente, el 16 de enero de 2020 la CNSC expide el CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" y con el revoca el anterior CRITERIO UNIFICADO de 1 agosto de 2019.

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

Expone que posteriormente, el 16 de enero de 2020 la CNSC expide el CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" y con el revoca el anterior CRITERIO UNIFICADO de 1 agosto de 2019.

Indica que el día 6 de octubre de 2020 radicó derecho de petición ante el SENA en el cual solicitó le informarán cuántas vacantes definitivas del nivel jerárquico instructor que no fueron objeto u ofertadas en la convocatoria 436 de 2017, existen actualmente, indicando en cuál Centro

y en cuál Regional están, de igual manera, cuáles son las vacantes desiertas de la Convocatoria 436 de 2017, cuyos perfiles son equivalentes, homólogos, similares o iguales al perfil del instructor para la OPEC 60466 y tramitar autorización ante la CNSC para ser nombrado, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, y la jurisprudencia establecida en los últimos meses en relación con las convocatorias desarrolladas por la CNSC y que en el caso de que sus pretensiones fueran negadas le expusieran y sustentaran las razones de hecho y de derecho.

Dicha entidad le dio respuesta al accionante el 26 de noviembre de 2020 en los siguientes términos:

> *"De manera atenta le informo que la provisión definitiva de empleos de carrera, además de encontrar sustento legal en la Ley 909 de 2004, se encuentra prevista en el Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 498 de 2020, en los siguientes términos:*
>
> *"ARTÍCULO 2.2.5.3.2 Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:*
>
> *1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.*
>
> *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.*
>
> *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.*
>
> *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 adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.*
>
> *PARÁGRAFO 1º. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a 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 y para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad. Lo anterior sin perjuicio de lo señalado en el numeral 3 del artículo 21 de la Ley 909 de 2004 (…)". (destacado fuera de la cita).*

Ahora bien y con relación al uso de listas de elegibles en los "mismos empleos", la CNSC en Criterio Unificado de fecha 16 de enero de 2020, aclaró:

"De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con tos que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC". (destacado fuera de la cita).

Y respecto al uso de listas de elegibles en "empleos equivalentes", aclaró:

"El enfoque dado por la Ley 1960 de 2019, para los procesos de selección, implica que éstos deberán ser estructurados considerando el posible uso que pueda hacerse de las listas de elegibles para empleos equivalentes, con el objeto de lograr que ellos sean equiparables desde el proceso de selección".

(…)

De acuerdo con lo expuesto y dado que la Convocatoria 436 de 2017 se adelantó con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019 (norma que permitió hacer uso de las listas de elegibles en empleos equivalentes), los usos de listas que la CNSC apruebe para el SENA serán únicamente para proveer vacantes de los mismos empleos reportados.

(…)

Por lo tanto, es preciso indicar que el SENA ha efectuado el reporte de todas las vacantes definitivas existentes en la planta de personal a la CNSC y realizó la solicitud de uso de las listas de elegibles conformadas en la Convocatoria 436 de 2017 cumpliendo con la Circular 001 de 2020, corresponde a dicha Entidad emitir las autorizaciones respectivas para proveer los "mismos empleos" que cumplan con las características previstas en el Criterio Unificado y que aún se encuentren vigentes.

En atención a su solicitud "Sírvase informar cuántas vacantes definitivas del nivel jerárquico instructor que no fueron objeto u ofertadas en la convocatoria 436 de 2017, existen actualmente en el Sena, en cuál Centro y en cuál Regional están", se anexa base de datos con la información solicitada. Se aclara que los grados del Nivel Instructor son establecidos conforme los resultados que se obtengan del Sistema Salarial de Evaluación por Méritos – SSEMI conforme los criterios establecidos en el Decreto 1424 de 1998.

Así las cosas, y haciendo referencia a su segunda petición, se informa que del reporte realizado hasta el momento a la CNSC de las vacantes definitivas generadas con posterioridad a la realización de la Convocatoria 436 de 2017 y de las vacantes cuyos concursos fueron declarados desiertos, no existe una vacante (desprovista, en provisionalidad o en encargo) que corresponda al empleo OPEC No.

60466, el cual se Instructor Grado 01, ubicado en el Municipio de Quibdó (Chocó), con el propósito, funciones y requisitos del Área Temática SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO. En caso de que con posterioridad se presente alguna vacante en la cual Usted cumpla con los requisitos para ser nombrado y se cuente con autorización de la CNSC, será oportunamente informado.

Indica que apareció un nuevo Criterio Unificado del 22 de septiembre de 2020, donde claramente se diferencia empleos equivalentes de mismo empleo, por lo que sí existen cargos equivalentes que puedo ocupar en el territorio Nacional.

El desconocimiento de su derecho a ser nombrado en los cargos equivalentes que se evidencia en la respuesta del SENA es la comprobación de la vulneración de sus derechos fundamentales.

Indica que es padre de familia, de dos niñas menores de edad de 10 y 3 años, y la vulneración de mis derechos afecta consecuentemente los derechos de mis hijas.

Que las entidades accionadas SENA y la CNSC no le han dado un trato justo equitativo e igualitario al negarse a proveer un cargo de los NO CONVOCADOS, siendo de la misma convocatoria 436 de 2017 y además, habiendo aplicado las mismas pruebas rigurosas para la selección de los concursantes a nivel nacional, en el área temática de mi OPEC. Se niegan a una elaboración y uso del Banco Nacional de Listas de Elegibles para acceder a cargos en periodo de prueba, que me permita ingresos laborales estables para una vida digna, va en contra de la Dignidad Humana por lo que pido se me proteja este derecho.

Indica que frente a su pretensión ya se han pronunciado en diferentes oportunidades distintos Despachos Judiciales, por lo que acude a esta vía constitucional…".

3. - ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

El juzgado con ocasión de la declaratoria de nulidad asumió nuevamente la acción vinculando a las entidades ordenadas mediante auto del pasado 8 de marzo, permitiendo ampliar las respuestas de la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA. Igualmente, la vinculación de los terceros con interés o que puedan verse afectados con los efectos que de la eventual decisión del juzgado con relación al cargo de Instructor Código 3010, Grado 1, identificado con la OPEC 60466, convocado al concurso abierto de méritos por la CNSC en la Convocatoria 436 de 2017.

3.1. Respuestas de las entidades vinculadas y accionadas.

3.1.1. La CNSC a través de su Asesor Jurídico inicialmente informó que acoger la pretensión de amparo implicaría acceder a un cargo para el cual el actor no concursó, lo que desconocería las reglas del proceso de selección. Indicó que respecto a sus pretensiones el Juzgado Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá dentro de otra acción de tutela con efectos inter comunis, amparó a todos los participantes de la Convocatoria SENA que se encontrasen en una lista de elegibles, razón por la cual, cualquier orden adicional resultaría inane, dado que lo requerido fue concedido mediante fallo de 30 de noviembre de 2020.

Luego, y una vez aludió a que la tutela es improcedente ante la existencia de otros mecanismos de defensa, se refirió a los fallos que declaran tal improcedencia por la aplicación de la Ley 1960 de 2019 respecto al uso de listas con efectos retroactivos, a la aplicación del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, y respecto a este caso manifestó:

> *"Asimismo se corroboró que el señor* ***Carlos Alberto Mena Rojas ocupó la posición tres (3),*** *en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC – 20182120195195 del 24 de diciembre de 2018, en consecuencia, el accionante no alcanzó el puntaje requerido para ocupar una de las posiciones meritorias en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, de conformidad con el número de vacantes ofertadas.*
>
> *Es por esto por lo que el señor* ***Carlos Alberto Mena Rojas,*** *se encuentra sujeto no solo a la vigencia sino al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que puedan ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.*
>
> *Corolario en el caso sub examine no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles, por no encontrase vacante que pueda ser provista.*
>
> *Ahora bien, respecto de los requerimientos efectuados por el despacho en el Auto Admisorio calendado 22 de diciembre de 2020, se procede a remitir copia de la Resolución Nro. 20182120195195 del 24 de diciembre de 2018: "Por la cual se conforma la Lista de Elegibles para proveer* ***dos (2) vacantes*** *del empleo de carrera identificado con el Código OPEC Nro. 60466, denominado Instructor, Código 3010, Grado 1, del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, ofertado a través de la Convocatoria Nro. 436 de 2017-SENA", en la que se identifica con claridad que el aquí accionante ocupa la tercera posición.*
>
> *A su vez respecto de la solicitud probatoria efectuada por el Juzgado consistente en certificar si existen vacantes en el empleo Instructor, Código 3010, Grado 1, OPEC 60466 o cargos afines en el país que cumplan con los requisitos y condiciones para el cargo para el que participó el accionante, se hace necesario realizar la siguiente exactitud toda vez que dicha información, habrá de ser remitida por la entidad por cuanto esta Comisión Nacional en ejercicio de sus facultades de administración y vigilancia del sistema general de carrera*

administrativa no coadministra la planta de personal de las entidades, ya que esta es una función propia de los nominadores.

Ahora, en relación con los empleos ***Instructor, Grado 1, Código 3010, del Área temática de SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO****, se informa que se realizó solicitud de uso de listas de las OPEC 59305, 59749, 58178 y 60528, para proveer vacantes adicionales, a las cuales se les dio autorización de uso de listas mediante oficio con radicado No. 20201020623401 del 24 de agosto de 2020.*

Ahora frente la pretensión que hace el accionante, en cuanto a optar por otro cargo equivalente o similar, no tiene asidero legal alguno, pues él concursó fue para el empleo de Instructor, Grado 1, Código 3010, identificado con código OPEC No. 60466, del Área temática de SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, entonces nombrarlo en otro empleo, generaría vulneración de los derechos de las personas que sí concursaron para los otros cargos, además, no reuniría todas las exigencias previstas para los mismos, pues en gracia de discusión, cada cargo o empleo por su particularidad requiere de especificas condiciones, tales como experiencia, tiempo, educación, área temática de conocimiento, etc.; ello sin contar que pueden existir personas con mejor derecho por mérito para tal fin…".

Con posterioridad a la declaratoria de nulidad insistió en que la acción desconocía el requisito de subsidiariedad, pues la inconformidad del accionante radica en la normatividad que rige el concurso, es decir, actos administrativos de carácter general frente a los que se tienen otros mecanismos de defensa idóneos para controvertirlos como lo ha precisado la jurisprudencia.

Incluso, la administración de justicia ha declarado la improcedencia de la acción de tutela por aplicación de la Ley 1960 de 2019 frente al uso de listas con efecto retroactivo.

Concluyó que la presente acción no cumple el requisito de la inmediatez por cuanto la lista de elegibles se fijó desde el año 2018, los empleos temporales desde el año 2017 y la demanda de tutela se presentó en el mes de noviembre de 2020, es decir, se dejó pasar más de un año para solicitar el amparo ante el juez constitucional.

Insistió en que el accionante ocupó el puesto número 3 en la lista de elegibles para el cargo al cual se postuló, pero en la convocatoria solo ofrecieron 2, en otras palabras, no ocupó posición meritoria para ser nombrado en dicho cargo.

3.1.2. El Director del SENA Regional Chocó con anterioridad había explicado, entre otras cosas, que no advertía vulneración de derecho fundamental alguno,

por cuanto sus actuaciones en aplicación del resultado de la convocatoria se realizaron conforme los procedimientos planteados por la CNSC, y actuar en contrario conllevaría la violación de los derechos de los demás ciudadanos.

Con posterioridad a la declaratoria de nulidad insistió en que el accionante cuenta con otros medios de defensa judicial contra las decisiones tomadas por el SENA o la CNSC o, si lo que se pretende es el cumplimiento de la Ley 1960 de 2019, el mecanismo idóneo es la acción de cumplimiento, pero no la tutela ante su excepcionalidad y menos cuando no se advierte un perjuicio irremediable, por lo cual peticiona se declare improcedente.

4.- DECISIÓN RECURRIDA

La primera instancia no evidenció que las entidades demandadas le hubiesen vulnerado derechos fundamentales al actor, pues en desarrollo del concurso de méritos para acceder al cargo le fueron garantizadas sus garantías como concursante.

Adicional a ello, expuso que el escenario propicio para debatir la cuestión planteada por el accionante es la jurisdicción contenciosa administrativa a través de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, donde puede solicitar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar el objeto del proceso.

En consecuencia, resaltó que el juez de tutela no tiene facultad para alterar las competencias de los procesos de índole judicial a menos que se advierta la configuración de un perjuicio irremediable, el cual no se acreditó en el presente caso.

No advirtió que haya temeridad en el actuar del accionante por cuanto los efectos inter comunis que ordenó inicialmente el Juzgado Doce Administrativo de Bogotá a todos los participantes de la Convocatoria 436 de 2017, fue revocada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en fallo de segunda instancia del 28 de enero de 2021, por lo que la decisión en mención no tiene efectos sobre el aquí accionante. En consecuencia, concluyó que se debe declarar improcedente el amparo.

5.- ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Se interpuso oportunamente por el accionante quien señaló que se desconoció que ocupó el primer puesto por recomposición automática de la lista al igual que el precedente jurisprudencial que rige el tema lo cual ilustra de manera extensa. Entre otras cosas, hizo alusión a la expedición del nuevo Criterio Unificado para empleos equivalentes, al principio de inescindibilidad normativa y al Criterio Unificado CNSC del 16 enero de 2020.

Se refirió a las equivocaciones en que incurrió el *a quo*, resaltando que las entidades accionadas no estaban siguiendo el debido proceso para su nombramiento, no han realizado un estudio de equivalencias, y en este momento, sus derechos continúan vulnerados en cuanto la situación que lo origina no ha sido modificada.

Finalmente, y una vez hace un amplio recuento de los fallos emitidos a favor de la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019, de empleos equivalentes, de la Sentencia T-340 de 2020 y de inaplicación del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, solicita se revoque la decisión y, en su lugar, se amparen sus derechos.

6.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 esta Sala es competente para resolver la impugnación por ser el superior funcional del juez que resolvió la primera instancia quien, a su vez, tiene competencia para conocer del asunto.

Del contenido del artículo 86 de la Constitución Política se desprende que el objetivo de la acción de tutela se circunscribe a la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los eventos expresamente consagrados en la ley.

De ello concluimos que, el propósito del amparo es que el juez de tutela conjure en forma inmediata acciones u omisiones que amenacen o vulneren derechos

fundamentales, profiriendo órdenes a entes públicos o privados que procuren su defensa actual y cierta.

Ha precisado el artículo 86 que la acción de tutela es de naturaleza subsidiaria, pues a pesar de existir otros medios jurídicos para la protección de los derechos fundamentales, procede solo cuando estos resulten insuficientes o ineficaces para su amparo integral o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

También ha reconocido la jurisprudencia constitucional que la tutela no está llamada a prosperar cuando a través de ella se pretenden sustituir los medios ordinarios de defensa judicial, "no es propio de la acción de tutela el (de ser un) medio o procedimiento llamado a reemplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales[1]".

Ahora bien, al confrontar los extremos del litigio encontramos que el problema jurídico a resolver es determinar si al accionante se le desconocieron sus derechos fundamentales a un debido proceso administrativo y el acceso a la carrera administrativa dentro del marco de la Convocatoria 436 de 2017 del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

Para darle solución al anterior cuestionamiento, inicialmente debemos verificar que se cumplan dos requisitos de procedibilidad que cuestionan las entidades tuteladas como lo es la inmediatez y la subsidiariedad.

El primero de estos presupuestos -*inmediatez*-, se ha entendido como un acto de responsabilidad de quien siente afectados sus derechos fundamentales en realizar la reclamación ante el juez constitucional en tiempo razonable, pues recordemos que este mecanismo no se encuentra sometido a ningún plazo prescriptivo o de caducidad, por lo que la jurisprudencia ha considerado que en cada caso se deben analizar sus particularidades para determinar si se acudió dentro de un término comprensible (CC Sentencia SU 118 de 2018).

[1] Sentencia T 882 de 2012.

La Comisión Nacional del Servicio Civil estima que este presupuesto no se satisface dado que la lista de elegibles fue establecida desde el año 2018, y los empleos temporales desde el año 2017 y la acción de tutela se interpuso en el mes de noviembre del año 2020.

Sin embargo, la misma Comisión aclaró que la lista estuvo vigente hasta enero del año en curso, lo cual da a entender que la reclamación se realizó dentro de un término razonable por cuanto lo que el accionante busca es la aplicación de la Ley 1960 de 2019, normatividad que se expidió en vigencia de la lista al cargo al cual se postuló y la reclamación ante el juez constitucional se realizó antes que la misma perdiera su vigencia, de allí que se cumpla con este presupuesto.

En cuanto a la subsidiariedad, es de pleno conocimiento que esta exigencia se traduce en un actuar positivo del interesado de agotar los demás medios de defensa que tenga a su alcance, salvo que se trate de un perjuicio irremediable que amerite la intervención urgente del juez constitucional.

Analizadas las particularidades del evento, la Sala no encuentra razonable exigir al accionante acudir a la vía contenciosa puesto que la resolución de la controversia planteada, suscitada en el trámite de un concurso de méritos, requiere de cierta inmediatez para que produzca efectos apropiados a la finalidad constitucional del proceso de selección del talento humano de una institución, en el caso, vincular a los mejores como empleados para el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, con mayor razón cuando la lista de elegibles tiene una vigencia de dos años y en la que se encuentra el accionante estuvo vigente hasta el pasado 14 de enero tal como lo informó la CNSC. Por eso, es la tutela el medio judicial idóneo de protección para los derechos invocados, puesto que para la resolución del asunto no resultan oportunos ni eficaces los mecanismos judiciales de protección ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Superada la verificación de los presupuestos de inmediatez y subsidiariedad, la Sala ingresará en el fondo del asunto, naturalmente que, de acuerdo con sus potestades, las que se limitan a constatar si arbitrariamente se están afectando los derechos básicos del solicitante.

Inicialmente debemos advertir que según los hechos expuestos por el accionante lo que concretamente busca es que se le nombre en un cargo equivalente al empleo del SENA para el que concursó, esto es, Instructor Grado 1 con código OPEC 60466 del Área Temática de Seguridad y Salud en el Trabajo, en el cual ocupó el tercer puesto, pero por recomposición de la lista de elegibles actualmente se encuentra en el primero.

Debemos tener presente que fue expresa voluntad del constituyente de que los cargos de la entidad accionada, como en general los cargos públicos, se provean conforme a un régimen de carrera. De eso da cuenta el artículo 125 de la Constitución Política. Adicionalmente, el legislador reguló lo relativo al ingreso a los empleos de carrera en la Ley 909 de 2004, en sus artículos 27 y 31 numeral 4°. [2]

De esta forma, se advierte con total claridad que el SENA tiene la obligación constitucional y legal de designar sus cargos de carrera con las correspondientes listas de elegibles y ello debe hacerlo con diligencia y ateniéndose a los principios que gobiernan a la administración pública, entre ellos, la celeridad, igualdad y eficacia, según lo establece el artículo 209 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 2 de la Ley 909 de 2004.

Bajo este panorama, la Sala encuentra injustificable que no se depuren las listas de elegibles de modo que para los cargos que se dispuso proveer en

[2] ARTÍCULO 27. CARRERA ADMINISTRATIVA. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

ARTÍCULO 31. ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN O CONCURSO. El proceso de selección comprende:

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. Este último numeral fue modificado por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, quedando de la siguiente forma:

ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:

4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

carrera así se proceda, aun cuando se hayan producido los nombramientos en los cargos ofertados. En otras palabras, no se percibe la debida diligencia por parte del SENA, pues en la respuesta brindada al accionante se niega a nombrarlo en cargos equivalentes no convocados, justificando su omisión en el hecho de que la Convocatoria 436 de 2017 se adelantó con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019 que permite hacer uso de las listas de elegibles en empleos equivalentes, por lo cual esta no sería aplicable, y sustenta su decisión en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 y el Concepto No. 20202120242511 del 29 de febrero de 2020 de la CNSC, por lo que el uso de la lista que esta última entidad apruebe para el SENA será únicamente para proveer vacantes de los mismos empleos reportados.

Es así como la omisión puesta de presente desconoce de manera seria y actual los derechos del solicitante, quien tiene la expectativa de ser nombrado en un cargo equivalente, por lo cual deberá concederse el amparo constitucional con el fin conjurar la afectación de los derechos fundamentales reclamados, en especial, el debido proceso administrativo y el acceso a la carrera administrativa.

A la anterior conclusión fácilmente se llega si confrontamos la normatividad que actualmente impera en este tipo de situaciones pues, en primer lugar, el Decreto 498 de 2020 por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, en su artículo 1°, que modificó el artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015, en lo pertinente estableció:

> *"**Artículo 1.** Modificar el artículo 2.2.5.3.2 del Capítulo 3 del Título 5 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, el cual quedará así:*
>
> ***Artículo 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera**. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:*
>
> *(…).*
>
> ***PARÁGRAFO 1º.** Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, 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 y para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad. (Subrayas propias).*

Lo anterior sin perjuicio de lo señalado en el numeral 3 del artículo 21 de la Ley 909 de 2004. (…)…".

De lo anterior se desprende que el SENA tiene la obligación legal de determinar los empleos equivalentes no convocados y reportarlos ante la CNSC con el fin de que se autorice el uso de la lista de elegibles para el nombramiento de los aspirantes a dichos cargos, sin que pueda escudarse en el Criterio Unificado de la CNSC referente a la no aplicación de la Ley 1960 de 2019, específicamente de su artículo 6, al haber sido expedida con posterioridad a la Convocatoria 436 de 2017, teniendo en cuenta que se trata de una controversia que ya fue zanjada por la Corte Constitucional mediante la aplicación temporal de la norma a través de la figura de la ***retrospectividad***, entendida como *"la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva"*[3].

Al respecto, la alta corporación en la Sentencia T-340 de 2020, citada por el impugnante, en la cual, si bien se trataba de un caso en el que el accionante pretendía que se le nombrara en un cargo similar al que concursó, la Corte estableció las siguientes reglas con relación a la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019 que incluye la posibilidad del uso de la lista de elegibles para el nombramiento de los cargos vacantes que sean equivalentes y que no fueron ofertados en la respectiva convocatoria:

*"**3.6. Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo***

(…).

El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, como se mencionó con anterioridad, con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas "vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad". Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación.

Como se aprecia, el cambio incluido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, comporta una variación en las reglas de los concursos de méritos, particularmente en relación con la utilización de las listas de elegibles. Así, la normativa anterior y la jurisprudencia de esta Corporación sobre el tema, partían de la premisa de que la norma establecía que las listas de elegibles únicamente podrían usarse para los cargos convocados y no otros, a pesar de que con

[3] Sentencia T 564 de 2015.

posterioridad a la convocatoria se generaran nuevas vacantes definitivas. Con ocasión de la referida modificación, esta Sala deberá definir la aplicación en el tiempo de dicha norma, comoquiera que, su uso, en el caso concreto, prima facie, proveería un resultado distinto de aquel que podía darse antes de su expedición, no solo debido al cambio normativo, sino también a la consecuente inaplicabilidad del precedente señalado de la Corte respecto del uso de la lista de elegibles, ya que la normativa en la cual se insertaron esos pronunciamientos varió sustancialmente.

(…).

Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso sub-judice. El último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la retrospectividad, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, "pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva"2. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia.

Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.

Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles "se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer"[4]. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen un ***derecho subjetivo*** *y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004[5].*

---

[4] Sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[5] La norma en cita dispone que: "ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; // b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa; (…) d) Por renuncia regularmente aceptada; // e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez [Declarado EXEQUIBLE por la Corte en Sentencia C-501 de 2005, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.] // f) Por invalidez absoluta; // g) Por edad de retiro forzoso; // h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario; // i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo [Declarado EXEQUIBLE por la Corte en Sentencia C-1189 de 2005, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se

Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso. *(Énfasis de la Sala).*

3.6.4. Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que "las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos", entiéndase con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."[6]

3.6.5. En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.

(…).

---

dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.] // j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen; // k) Por orden o decisión judicial; // l) Por supresión del empleo;// m) Por muerte; // n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes."

[6] Énfasis por fuera del texto original, Consultado en: https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios unificados-provision-de-empleos.

Así las cosas, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley aplica a la situación de las personas que ocupan un lugar en la lista de elegibles que excedía el número de vacantes ofertadas y por proveer. Es decir que, si son las siguientes en orden y existe una lista vigente, en caso de producirse una vacante para ese empleo, aun cuando no haya sido ofertado, tendrán derecho a ser nombradas en las vacantes definitivas que se vayan generando, de conformidad con lo dispuesto en la referida ley. Sin embargo, en cada caso concreto, la entidad cuyas necesidades de personal se pretenden satisfacer mediante el concurso deberá realizar los trámites administrativos para reportar las vacantes definitivas de los cargos a la CNSC, así como los trámites financieros y presupuestales para poder hacer uso de las referidas listas."

La Sala acoge completamente lo decidido por la Corte Constitucional con lo cual se derrumba cualquier argumento que implique la aplicación del Criterio Unificado de la CNSC que impedía el uso de la lista de elegibles para el nombramiento en cargos equivalentes no ofertados, debiendo agregar que la misma CNSC, con posterioridad, expidió el Criterio Unificado del 22 de septiembre de 2020 en el que dispuso las siguientes pautas para efectuar este tipo de nombramientos:

"En cumplimiento del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, las listas de elegibles producto de un proceso de selección se usarán para proveer vacantes definitivas de los "mismos empleos" o "empleos equivalentes", en los casos previstos en la Ley[7].

Para efecto del uso de listas se define a continuación los conceptos de "mismo empleo" y "empleo equivalente":

- *MISMO EMPLEO.*

Se entenderá por "mismos empleos", los empleos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes7; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.

- *EMPLEO EQUIVALENTE.*

Se entenderá por empleos equivalentes aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan grado salarial igual, posean el mismo requisito de experiencia, sean iguales o similares en cuanto al propósito principal o funciones, requisitos de estudios y competencias comportamentales y mismo grupo de referencia8 de los empleos de las listas de elegibles. Para analizar si un empleo es equivalente a otro, se deberá:

PRIMERO: Revisar las listas de elegibles vigentes en la entidad para determinar si existen empleos del mismo nivel jerárquico y grado del empleo a proveer.

[7] Vacantes generadas por modificación de planta, o por las causales del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

> *NOTA: Para el análisis de empleo de nivel asistencial se podrán tener en cuenta empleos de diferente denominación que correspondan a la nomenclatura general de empleos, con el mismo grado del empleo a proveer. Por ejemplo, el empleo con denominación Secretario Código 4178 Grado 14 y el empleo con denominación Auxiliar Administrativo Código 4044 Grado 14."*

Por consiguiente, a juicio de la Sala, los mandatos constitucionales y legales no se ajustan a la omisión del SENA de continuar con el nombramiento de todas las plazas disponibles en la entidad para los cargos equivalentes no ofertados al que aspiró el accionante, de conformidad con la lista de elegibles establecida por la Resolución No. CNSC-20182120195195 del 24 de diciembre 2018, emitida en virtud de la Convocatoria No. 436 de 2017. Dado que el SENA responde que solo se utiliza la lista de elegibles para la provisión definitiva de las vacantes de los mismos empleos reportados, deberá advertirse que las vacantes que existan o lleguen a existir y que se traten de empleos equivalentes, deberán ser provistas en carrera con la lista actual, dado que no se le pueden trasladar al accionante las irregularidades de dicha entidad y menos cuando acudió ante este mecanismo de protección antes de la pérdida de vigencia de la lista.

En consecuencia, tanto la CNSC como el SENA deberán corregir dicha omisión mediante una orden para que se continúe proveyendo dichos cargos con los inscritos en el registro de elegibles en estricto orden descendente, pues no puede desconocerse que, de ampliarse el número de cargos por proveer bajo el sistema de carrera, el accionante puede acceder efectivamente a un cargo equivalente para el cual concursó. Resulta imperioso dejar explícito que el solicitante, al haber aprobado el concurso de méritos en el cual participó, no cuenta con una mera expectativa sino con el derecho a ocupar una de las vacantes que existan en el SENA y que sean equivalentes al empleo Instructor Grado 1 con código OPEC 60466.

Por lo expuesto, la Sala advierte que no se ha actuado con diligencia para que los eventuales cargos propios de la carrera administrativa que sean equivalentes al empleo para el que concursó el accionante se provean de la lista de elegibles en la que actualmente ocupa el primer lugar por recomposición de la misma; por el contrario, de lo informado por la CNSC en su respuesta a la demanda de tutela, dicha entidad avala que "*las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así coma aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en*

vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria", permitiendo el uso de la lista de elegibles solo para proveer los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera OPEC, de la respectiva convocatoria y las nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, lo que a todas luces contradice los postulados constitucionales que deben observarse en los concursos de méritos, como quedó establecido en esta providencia.

En conclusión, del examen realizado surge que la actuación del SENA y la omisión de la CNSC vulneran de modo cierto los derechos fundamentales de acceso a la carrera administrativa y al debido proceso administrativo al señor Carlos Alberto Mena Rojas, por lo que se impone su protección constitucional.

En consecuencia, se ordenará al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA–, y a la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC–, que en un término no superior a 8 días, de manera conjunta realicen el estudio de equivalencia de los cargos vacantes no convocados en todo el territorio nacional, con relación al empleo Instructor Grado 1 con código OPEC 60466 para el cual concursó el accionante y se reporten a la CNSC las vacantes definitivas y equivalentes que haya en la planta de personal para el cargo del actor. Esta valoración de equivalencias se realizará con los cargos que estuvieran vacantes hasta antes de la pérdida de vigencia de la lista de elegibles para el cargo al cual se postuló el accionante, es decir, el 14 de enero de 2021.

Efectuado lo anterior, la CNSC contará con un término de 15 días para realizar las verificaciones y actualizaciones a que haya lugar, y después deberá remitir en un término no superior a 48 horas, la lista de elegibles de la cual deberá hacer uso el SENA para proveer en estricto orden descendente las vacantes definitivas reportadas en cargos equivalentes, así no hayan sido ofertadas inicialmente en el concurso, con la limitante ya referida.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, actuando como juez constitucional, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín que declaró improcedente el amparo constitucional pretendido y, en su lugar, conceder la tutela de los derechos fundamentales de acceso a la carrera administrativa, acceso a cargos públicos y al debido proceso administrativo al señor Carlos Alberto Mena Rojas.

SEGUNDO: ORDENAR al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA– y a la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC– que en un término no superior a ocho (8) días, contado a partir de la notificación de este fallo, de manera conjunta realicen el estudio de equivalencia de los cargos vacantes no convocados en todo el territorio nacional con relación al empleo Instructor Grado 1° con código OPEC 60466 para el cual concursó el accionante y se reporten a la CNSC las vacantes definitivas y equivalentes que haya en la planta de personal del SENA para el cargo al que aspiró el actor. Esta valoración de equivalencias se realizará con los cargos que estuvieran vacantes hasta antes de la pérdida de vigencia de la lista de elegibles para el cargo al cual se postuló el accionante, es decir, el 14 de enero de 2021.

Efectuado lo anterior, la CNSC contará con un término de quince (15) días para realizar las verificaciones y actualizaciones a que haya lugar, y después deberá remitir, en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas, la lista de elegibles de la cual deberá hacer uso el SENA para proveer en estricto orden descendente las vacantes definitivas reportadas en cargos equivalentes, con la limitante ya referida.

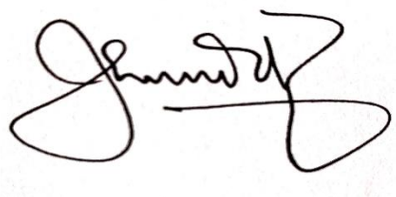
TERCERO: PREVENIR al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA–, para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela.

CUARTO: NOTIFICAR por Secretaría y por el medio más expedito la presente providencia, como lo disponen los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5º del Decreto 306 de 1992, así como a los terceros con interés.

QUINTO: REMITIR en su oportunidad esta decisión para su eventual revisión a la Corte Constitucional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTHA ALEXANDRA VEGA ROBERTO
MAGISTRADA



JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
MAGISTRADO

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
MAGISTRADO

Conforme al Art. 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020 del Ministerio de Justicia y el Derecho, esta providencia fue aprobada de manera virtual y contiene la firma escaneada de los Magistrados que conforman la Sala.

MARTHA ALEXANDRA VEGA ROBERTO
MAGISTRADA

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA PENAL

Magistrado Ponente:
ALBERTO POVEDA PERDOMO
Aprobado Acta N°. 089

TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

Bogotá, D.C., lunes, veintiocho (28) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Radicación	11001310700120210006 6-01
Procedencia	Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado de Bogotá
Demandante	JOHANA ALEXANDRA ASCENSIO RIVERA
Demandadas	CNSC y SENA
Derechos	Acceso al empleo público y otros
Asunto	Impugnación tutela de primera instancia
Decisión	Revoca y concede amparo

I. ASUNTO:

1. Resolver la impugnación presentada por JOHANA ALEXANDRA ASCENCIO RIVERA, contra la decisión proferida el 4 de mayo de 2021 por el Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado de Bogotá, que declaró improcedente el amparo constitucional invocado en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC, y el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.

II. FUNDAMENTO DE LA SOLICITUD:

2. La libelista acude al amparo en búsqueda de la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, acceso al empleo público y los principios de confianza legítima y dignidad humana. Como supuestos fácticos, en esencia, se resumen los siguientes:

3. Mediante Acuerdo Nº 20171000000116 del 24 de julio de 2017, aclarado por el Acuerdo Nº 20181000001006 del 8 de junio de 2018, se convocó a concurso de méritos para proveer 3766 empleos del SENA, el cual se desarrolló a través de la Convocatoria Nº 436/17 de la CNSC, siendo una de las aspirantes JOHANA

ALEXANDRA ASCENCIO RIVERA, quien concursó para el empleo denominado Instructor grado 1, código 3010; superó las pruebas y demás exigencias alcanzando el tercer lugar de la lista de elegibles con un puntaje de 81,32, pero ahora por recomposición ocupa el primer lugar.

4. En derecho de petición del 26 de febrero del año en curso solicitó al SENA efectuar su nombramiento en los siguientes términos:

> 1. Que se proceda a realizar los nombramientos en periodo de prueba definitivo de los cargos que tienen carácter de vacante, provisional y/o encargo en el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, que cumplan con los requisitos de la lista de elegibles conformada en virtud de la resolución No. RESOLUCIÓN No. CNSC - 20192120001825 DEL 21-01-2019, es decir, en el cargo de Instructor Grado 01.
>
> 2. Una vez cumplidas todas las etapas del proceso de selección, la Comisión Nacional del Servicio Civil, Quien expidió la Resolución No. CNSC - 20192120001825 DEL 21-01-2019 "Por la cual se conforma la Lista de Elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 58429, denominado Instructor, Código 3010, Grado 1, del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, ofertado a través de la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA", se nombraron a las dos primeras personas de la lista, por lo tanto ahora ocupo el primer lugar por recomposición de la misma.
>
> 3. En cumplimiento del Criterio Unificado de fecha 22 de septiembre de 2020, y del acuerdo CNSC Nº 13 del 22 de enero de 2020 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, se realice la solicitud de uso de la lista de elegibles conformada mediante la resolución No. CNSC - 20192120001825 DEL 21-01-2019, para la provisión de cargos en el SENA; o en caso de que haya otro empleo (bien sea definitiva, provista mediante encargo o nombramiento provisional) en un empleo con las mismas características, se proceda a realizar el trámite para mi nombramiento en dicho empleo.
>
> 4. Que se me informe detalladamente (incluyendo: información de regional, descripción centro de costos, ID Planta (mejor conocido como IDP), OPEC, nombre de estado de cargo, resolución de provisión o resolución en donde se detalle el estado actual del cargo) cual es el estado actual de provisión de todos los empleos denominados "Instructor Grado 01" de toda la planta del SENA.

5. Que en respuesta a su solicitud el 14 de abril siguiente le informaron que el SENA había reportado a la CNSC las vacantes definitivas y agotó la lista de elegibles con las dos vacantes ofertadas con la OPEC 58429 denominada Instructor grado 1 código 3010 de la ciudad de Bogotá, siendo provistas con los ciudadanos MIGUEL DUARTE GONZÁLEZ y ADRIÁN MAURICIO ARTUNDUAGA, quienes ocuparon el primer y segundo lugar en la lista.

6. Adicionalmente, le indicaron que no existía ninguna vacante en provisionalidad o en encargo respecto del mencionado empleo, pero que de llegar a presentarse alguna y la solicitante cumplir con los requisitos sería informada para su provisión respectiva. Y que el criterio unificado para la aplicación de la Ley 1960/19 no resultaba procedente para la Convocatoria 436/17, pues el concurso inició con la expedición del Acuerdo Nº 20171000000116 del 24 de julio de 2017, esto es, con anterioridad a la emisión de la ley en cuestión.

7. Señaló que el 1º de agosto de 2019 la Comisión Nacional del Servicio Civil emitió un *"Criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019"*, a través del cual restringió la aplicabilidad de lo dispuesto para la reforma de la Ley 909/04, en lo que respecta al uso de las listas de elegibles para proveer vacancias definitivas, especificando que la reforma solo puede considerarse para proveer vacancias en las convocatorias a concurso de mérito realizadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960/19.

8. Hizo referencia a abundantes fallos de tutela que se han adoptado en distintas jurisdicciones, que disponen la inaplicación por inconstitucional de los criterios unificados del 16 de enero y 20 de septiembre de 2020 de la CNSC y que, por el contrario, apoyan la aplicación retrospectiva de los artículos 6º y 7º de la Ley 1960/19. Por tanto, recalcó que el acceso a cargos públicos está siendo limitado por la Comisión con los aludidos criterios, y desconoce los derechos de personas que están en condiciones de acceder a empleos equivalentes actualmente ocupados en provisionalidad o en encargo.

9. Recalcó que la Corte Constitucional en el fallo T-340/20, avaló la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019; no obstante, la Comisión demandada en los nombramientos no ha tenido en cuenta las personas que pueden ocupar empleos equivalentes designadas en la lista de elegibles, con lo que el acceso a los cargos públicos está siendo limitado, y pese a que existe evidencia de un sin número de vacantes que no han sido provistas. Al respecto relacionó un amplio listado del empleo instructor grado 1, código 3010 y en los que ella puede ocupar cualquier vacante.

10. Con fundamento en lo anterior, solicitó ordenar a las accionadas realizar los trámites administrativos para dar cumplimiento a lo previsto en la Ley 1960/19, en concordancia con el artículo 1º del Decreto 498/20; y, en consecuencia, autorizar el uso la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC 20192120001825 del 21 de enero de 2019, respecto del cargo Instructor grado 1º, código 3010, OPEC 58429 en uno de los empleos de carrera administrativa que se encuentran en provisionalidad, encargo o

vacantes, teniendo en cuenta que el mismo fue convocado a concurso, y que la lista está vigente *"y fue la propia Comisión expidió el acuerdo CNSC 013 del 22 de enero de 2021, otorgándome el derecho a ser nombrada, situación que hace que ninguna autoridad administrativa pueda desconocer este derecho"*.

11. Adicionalmente, ordenar a la CNSC ofertar los empleos del cargo en mención con el fin de que quienes hagan parte de las listas, opten por uno de ellos y una vez se expida el acto respectivo remitirlo al SENA, donde se procederá a efectuar su nombramiento en una de las vacantes declaradas desiertas, en provisionalidad o en encargo. Además, inaplicar por inconstitucional el *"criterio unificado de uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019"*, adoptado por la CNSC el 16 de enero de 2020.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

12. El *a quo* declaró improcedente el amparo. Tras examinar las actuaciones del SENA y la CNSC evidenció que no se ha vulnerado el libre acceso a la función y servicio público de la actora, pues en condiciones de igualdad pudo acceder al concurso de méritos y hacer parte de la lista de elegibles conformada mediante Resolución CNSC-20192120001825 del 21 de enero de 2019, que conformó las vacantes para el empleo identificado con el código OPEC-58429, denominado Instructor grado 01, y en la cual ocupó el tercer lugar.

13. Recalcó que infortunadamente solo existen dos plazas para proveer y la accionante tiene el tercer lugar, por lo que no puede ser nombrada, luego el hecho de existir eventualmente plazas en otros cargos análogos que se habilitaron con la expedición de la Ley 1960/19 y el criterio unificado del 16 de enero de 2020, que regula la aplicación de esa ley frente al uso de las listas, no le genera a la demandante un derecho adquirido. A juicio de la primera instancia, la discusión desborda hacia un criterio interpretativo que, en todo caso, no se compadece con las finalidades para las cuales fue creada la tutela.

14. En lo que respecta a la interpretación hecha por el SENA y la CNSC a través de criterios unificados, en especial el del 16 de enero de 2020, estimó que la Convocatoria 436/17 se encuentra en firme "*por lo que prima el criterio que la provisión de las listas solo puede realizarse para los "mismos empleos", es decir, para aquellos que fueron objeto de la convocatoria y no para otros"*.

15. De otra parte, consideró que la actora cuenta con otros medios de defensa judicial (recursos de vía gubernativa y acciones contencioso administrativa), para cuestionar las reglas del concurso y los actos administrativos emitidos en desarrollo del mismo.

16. Por lo demás, concluyó que las expectativas en un concurso no constituyen derechos fundamentales, salvo cuando los participantes cumplen todos los requisitos legales, superan las etapas del concurso y se posicionan en un lugar de la lista que correlativamente con las plazas ofertadas, les da el derecho a ser nombrados en el empleo para el cual concursaron.

17. Desvirtuó la existencia de perjuicio irremediable alguno, en la medida que no fue acreditado, y observó que en cualquier caso la accionante conserva la expectativa a ser nombrada al cargo al que aspira mientras permanezca vigente la lista reconformada (16 de diciembre de 2021) y se presenta una vacante para uno de los cargos a los cuales concursó.

18. Finalmente, consideró que si la actora estimaba que la Ley 1960/19 la favorecía ha debido accionar desde su entrada en vigor y no esperar cerca de dos años para ponderar un eventual desconocimiento de sus derechos.

IV. IMPUGNACIÓN:

19. La actora impugnó el fallo. Ratificó los hechos y fundamentos de la demanda; recalcó que en el caso concreto se ignora el precedente jurisprudencial principalmente trazado en la sentencia T-340/20, en la cual se efectuó un estudio sobre la aplicabilidad en el tiempo de la Ley 1960/19; además, desconoce el precedente vertical de los tribunales adoptado en casos similares al suyo (transcribió el contenido de variadas decisiones).

20. Dijo que el criterio unificado para empleos equivalentes del 16 de enero y del 22 de septiembre de 2020, han sido inaplicados por inconstitucionales a través de diferentes fallos. Recalcó que la Comisión accionada en su caso reconoce que no ha realizado estudio de equivalencias, según la interpretación restringida del criterio unificado del 16 de enero de 2020, que impide la aplicación del artículo 6º de la Ley 1960/19 para cargos equivalentes no convocados originalmente, lo que va en contravía de la sentencia T-340/20 y del Decreto 498/20. Al punto señaló que en su demanda presentó un listado de empleos Instructor 3010 grado 01, en los cuales su nombramiento puede efectuarse.

21. Indicó que según la respuesta de la CNSC rendida al presente trámite de tutela, esa entidad efectuará un estudio de equivalencias para el empleo en mención, acatando la orden adoptada en fallo del 22 de enero de 2020, dentro del radicado 2019-00053-02 que concedió el amparo en favor de la ciudadana DELKA VELASCO GONZÁLEZ, en el marco de la convocatoria 437/17, y en el cual se ordenó a la Comisión y al SENA que *"…en el término de dos (2) meses, adelanten el procedimiento respectivo para suplir los cargos de INSTRUCTOR, declarados desiertos, por lo que deberá la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL remitir al SENA, la lista de elegibles vigentes para la entidad; y será obligación del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA- analizar si la señora…cumple con los requisitos establecidos para el empleo declarado desierto y una vez agotado el trámite respectivo la COMISIÓN… podrá autorizar el nombramiento y posesión si a ello diera lugar…".*

22. Con fundamento en esa orden, resaltó, la CNSC expedirá la lista de elegibles resultantes del estudio realizado por la dirección de administración de carrera administrativa, una vez resuelva las actuaciones administrativas de exclusión elevadas por la comisión de personal del SENA y los recursos interpuestos por los aspirantes.

23. Hizo un recuento de fallos adoptados a favor de la aplicación retrospectiva de la Ley 1960/19, así como de la conformación de los empleos equivalentes, y la inaplicabilidad del criterio unificado el 16 de enero de 2020 de la Comisión accionada. Con fundamento en lo anterior, solicitó revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, amparar los derechos invocados.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

24. Competencia: De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591/91, es competente la Colegiatura para conocer la impugnación presentada contra la sentencia proferida por los juzgados penales del circuito.

25. Problema jurídico: Procede la Sala a determinar si por parte de las demandadas se vulneran derechos fundamentales como el acceso y ejercicio de cargos públicos de JOHANA ALEXANDRA ASCENCIO RIVERA, en el marco de la Convocatoria Nº 436/17 que adelantó la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer empleos vacantes del personal perteneciente al sistema general de carrera administrativa del SENA, pues no tiene en cuenta que actualmente ocupa el primer lugar en la lista de elegibles (conformada mediante Resolución Nº 20192120001825 del 21 de enero de 2019), y que al parecer existen nuevas

vacantes, las cuales bajo el entendido que fueron creadas con posterioridad a la entrada en vigencia de Ley 1960/19 le otorga derecho a que sea designada en una que haya sido ocupada en provisionalidad o en encargo, respecto del cargo denominado Instructor, grado 1, código 3010, o alguno equivalente. De este modo la Sala abordará la Ley 1960/19 y su aplicación en el tiempo.

26. Planteamiento General: La acción de tutela es un mecanismo de protección judicial creado por el artículo 86 de la Constitución Política para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando resulten amenazados o vulnerados por cualquier autoridad, o los particulares en los casos allí establecidos.

27. El amparo constitucional procede únicamente ante la ausencia de un instrumento jurídico eficaz para la salvaguarda oportuna del derecho objeto de violación o puesta en peligro y, por tanto, no puede considerársele como un medio alterno o adicional a los mecanismos establecidos por la Carta Magna y por la ley, para el resguardo de los derechos de las personas.

28. El artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, que reglamentó el ejercicio de la acción de tutela, estableció como causal de improcedencia, la existencia de "*otros recursos o medios de defensa judicial*" para procurar la protección de las garantías que consideran transgredidas, con la misma excepción consagrada por el Constituyente, respecto a que se utilizara como "*mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*. No obstante, dejó claro que la existencia de esos medios defensivos debía apreciarse "*en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante*".

29. Con fundamento en las características de residualidad y subsidiariedad que reviste la acción de tutela, han sido reiterados los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los cuales ha precisado que esta acción es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos en el marco de una convocatoria o concurso de méritos, ya que para debatir la legalidad de aquéllos en principio el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda la suspensión provisional del acto como medida cautelar.

30. No obstante, la Corte Constitucional ha decantado que de forma excepcional la acción de tutela procede para evitar la posible configuración de un perjuicio irremediable de los derechos fundamentales de los concursantes y

ha señalado dos excepciones que tornan procedente la acción de tutela para cuestionar actos administrativos en desarrollo de concursos. En efecto, en jurisprudencia consolidada (sentencia T-340/20) puntualizó:

> La primera, se presenta cuando existe el riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable, causal que tiene plena legitimación a partir del contenido mismo del artículo 86 del Texto Superior y, por virtud de la cual, se le ha reconocido su carácter de mecanismo subsidiario de defensa judicial. Y, la segunda, cuando el medio existente no brinda los elementos pertinentes de idoneidad y eficacia para resolver la controversia, a partir de la naturaleza de la disputa, de los hechos del caso y de su impacto respecto de derechos o garantías constitucionales.
>
> Sobre esta última, en la Sentencia T-059 de 2019, en el marco de un concurso de méritos, la Corte manifestó que:
>
> "Las acciones de tutelas 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. (…)"
>
> "Particularmente, cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que (i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley. En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que[,] a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico. (…)"

> "Por último, es importante poner de presente que, pese a que se podría sostener que la pretensión de la acción de tutela, se podría satisfacer mediante la solicitud de medidas cautelares, lo cierto es que en el fondo se plantea una tensión que involucra el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales. // Lo anterior, en la medida en que tal y como se estableció en las Sentencias C-645 de 2017, C-588 de 2009, C-553 de 2010, C-249 de 2012 y SU-539 de 2012, el mérito es un principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, en la medida en que tiene un triple fundamento histórico, conceptual y teleológico. En efecto, el principio del mérito se estableció en el ordenamiento jurídico con la finalidad de proscribir las prácticas clientelistas, para garantizar un medio objetivo de acceso, permanencia y retiro del servicio público y, por último, para hacer efectivos otros derechos que encuentran garantía plena a través de éste, al tiempo que se materializan los principios de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución. (…)"[1].

31. En ese orden, la Sala considera que someter a la demandante a las cargas procesales y a los plazos para adelantar los procesos ante la jurisdicción competente, sería a todas luces desproporcionado y podría generar que la vulneración de los derechos fundamentales se perpetúe, en tanto la lista de elegibles en la cual se encuentra designada fenece el 16 de diciembre de 2021 y, por esa razón, abordará de fondo el análisis y estudio del *sub judice*.

32. Problemática general. La actora pretende que por vía de tutela se ordene a las demandadas realizar los trámites administrativos para dar cumplimiento a lo previsto en la Ley 1960/19; y, en consecuencia, autorizar el uso la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC 20192120001825 del 21 de enero de 2019, respecto del cargo Instructor grado 1º, código 3010, OPEC 58429, y proceder a su designación en uno de los empleos de carrera administrativa que se encuentran en provisionalidad, encargo o vacantes, teniendo en cuenta que la lista aún está vigente.

33. En esas condiciones, de acuerdo con el problema jurídico planteado la Sala en principio establecerá conforme al artículo 6º de la Ley 1960/19, si las entidades accionadas tienen la obligación de elaborar una lista general de

[1] Énfasis por fuera del texto original.

elegibles para los empleos no ofertados, ni reportados y que surgieron con posterioridad a la convocatoria 436/17.

34. El artículo 6º de la Ley 1960/19 prevé: *"Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad"*.

35. En relación con la norma transcrita el gran interrogante a dilucidar sería, entonces, si esa norma puede tener efectos retrospectivos en relación con las personas que se encuentran en una lista de elegibles sin ser aún nombradas. En efecto, la Corte Constitucional en la sentencia T-340/20 efectuó un estudio de un caso con similares connotaciones al aquí tratado y abordó la aplicación retrospectiva de la Ley 1960/19 llegando, entre otras, a las siguientes conclusiones:

> … la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles "*se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer*"[2]. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen **un derecho subjetivo** y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. **Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004** (resaltado y subrayado agregados)
>
> Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de

[2] Sentencia SU-913/09.

> elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso.

36. En este orden, es claro que en las listas de elegibles aún vigentes, es decir, en aquellas donde todavía existen personas en espera de un cargo vacante por proveer, como sucede en el caso de la actora, debe observarse lo dispuesto en el artículo 6º trascrito, en relación con *"las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso"*, pues si bien su elaboración se perfeccionó en vigencia de un ley anterior, lo cierto es que su objeto, esto es, la provisión de cargos por medio de aquellas no se ha consolidado y, por tanto, en aplicación del efecto general inmediato de las leyes, es claro que esta disposición ha modificado el objeto para el cual se usan las listas. Ya no se trata, entonces, de la provisión de cargos para los cuales se realizó el concurso sino que, incluye, además, aquellos equivalentes no convocados que surjan después de efectuado el concurso.

37. Lo anterior guarda relación, además, con el principio de la condición más beneficiosa, previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual debe elegirse la *"situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho"*, de donde surge sin dificultad que el artículo 6º de la Ley 1960 /19 es favorable a quienes desean ingresar a la carrera administrativa, en tanto amplía, como ya se dijo, el objeto de las listas de elegibles, haciendo que sea más probable para el concursante obtener un puesto en carrera dentro de la administración pública, por cuya razón, a pesar de ser una norma posterior al momento de elaborarse las correspondientes listas de elegibles, por tratarse de una situación no consolidada y ser una norma más favorable, debe aplicarse de manera inmediata.

38. Por lo demás, esa norma tiene, a no dudarlo, el propósito de dotar de mayor eficacia al principio del mérito, es decir, que los cargos equivalentes no convocados surgidos con posterioridad al concurso sean ocupados por aquellos que obtuvieron los mejores resultados en el mismo.

39. Ahora bien, la Sala trayendo a colación los planteamientos que también tuvo en cuenta la Corte Constitucional en la sentencia T-340/20, frente a los conceptos unificados de la CNSC, particularmente el del 20 de enero de 2020, ratifica lo expuesto en la sentencia T-340/20, en la que enfáticamente se dispuso:

> Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que *"las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019,* ***deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad*** *y que correspondan a los "****mismos empleos****", entiéndase con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC"*[3].
>
> En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.

40. Caso Concreto. El contexto normativo y hermenéutico presentado lleva a que se disponga el amparo reclamado. Obsérvese que está probado que como resultado de la convocatoria 436/17 se desarrolló el concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al sistema general de carrera administrativa del SENA, en cuyo resultado agotadas todas las fases mediante Resolución 20192120001825 del 21 de enero de 2019 se conformó la lista de elegibles en la que JOHANA ALEXANDRA ASCENCIO RIVERA ocupó el tercer lugar, la cual estará vigente hasta el 16 de diciembre de 2021, y fue provista respecto del primer y segundo lugar,

[3] Énfasis por fuera del texto original, Consultado en: https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos.

quedando la actora ahora en el primer puesto. Sobre esos aspectos no hay discusión alguna y, por el contrario, fueron corroborados por las entidades demandadas.

41. De lo dicho se sigue que, en aplicación retrospectiva de la Ley 1960/19, por haberse presentado el cambio normativo durante el desarrollo del concurso, la Sala está obligada a garantizar el principio del mérito y el derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos de JOHANA ALEXANDRA ASCENCIO RIVERA, así como asegurar la realización de los principios de economía, eficiencia y eficacia de la función pública, motivo por los cuales revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, le ordenará al director y/o representante legal de la CNSC o al órgano colegiado competente, que en el término de diez (10) elaboré una lista para empleos equivalentes no ofertados respecto del cargo de Instructor grado 01, código 3010, para el cual concursó la interesada y que actualmente existen varias vacantes que han sido ocupadas por personal en provisionalidad o en encargo.

42. Cumplido lo anterior, en caso de que se den los supuestos que habilitan el nombramiento de la accionante en una vacante y, según la lista de elegibles de la que hace parte, la CNSC procederá dentro de los cinco (5) días siguientes, en armonía con el director y/o representante legal del SENA, a adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar y efectuará su designación en el aludido cargo.

43. Los mandatos anteriores, se imparten acogiendo, igualmente, lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia fundamento de esta decisión, según la cual, *"el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley aplica a la situación de las personas que ocupan un lugar en la lista de elegibles que excedía el número de vacantes ofertadas y por proveer. Es decir que, si son las siguientes en orden y existe una lista vigente, en caso de producirse una vacante para ese empleo, aun cuando no haya sido ofertado, tendrán derecho a ser nombradas en las vacantes definitivas que se vayan generando, de conformidad con lo dispuesto en la referida ley. Sin embargo, en cada caso concreto, la entidad cuyas necesidades de personal se pretenden satisfacer mediante el concurso deberá realizar los trámites administrativos para reportar las vacantes definitivas de los cargos a la CNSC, así como los trámites financieros y presupuestales para poder hacer uso de las referidas listas".*

44. Finalmente, se advierte a las personas o funcionarios en quienes recaen las órdenes emitidas en esta sentencia que, independientemente de la eventual revisión por parte de la Corte Constitucional, deben cumplir sin dilaciones el

amparo, so pena de incurrir sanciones correccionales, faltas disciplinarias y/o conductas penalmente relevantes.

DECISIÓN:

A mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º.- REVOCAR la sentencia objeto de impugnación y, en su lugar, **AMPARAR** los derechos de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos de JOHANA ALEXANDRA ASCENCIO RIVERA. En consecuencia, **ORDENA** al director y/o representante legal de la CNSC o al órgano colegiado competente, que en el término de diez (10) días elaboré una lista de empleos equivalentes no ofertados respecto del cargo de Instructor grado 01, código 3010, para el cual concursó la interesada, porque actualmente existen vacantes que han sido ocupadas por personal en provisionalidad o en encargo.

3º.- Cumplido lo anterior, y en caso de que se den los supuestos que habilitan el nombramiento de la accionante en una vacante y, según la lista de elegibles de la que hace parte, la CNSC procederá dentro de los cinco (5) días siguientes, en armonía con el director y/o representante legal del SENA, a adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar y efectuará su designación en el aludido cargo.

4º.- ACLARAR que los plazos señalados para el cumplimiento de las órdenes impartidas se contarán a partir de la notificación de esta sentencia.

5º.- ADVERTIR a las personas en quienes recaen las órdenes emitidas en esta sentencia que, independientemente de la eventual revisión por parte de la Corte Constitucional, deben cumplir sin dilaciones el amparo, so pena de incurrir sanciones correccionales, faltas disciplinarias y/o conductas penalmente relevantes.

6º.- ADVERTIR que contra lo resuelto no proceden recursos.

7º.- REMITIR las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese y cúmplase.

ALBERTO POVEDA PERDOMO
Magistrado

(salvamento de voto)
SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ
Magistrada

RAMIRO RIAÑO RIAÑO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL -en tutelas-

Salvamento de voto.

Magistrado Ponente: Alberto Poveda Perdomo

Radicación: 11001310700120210006601

Procedencia: Juzgado 1° Penal del Circuito Especializado de Bogotá

Demandante: JOHANA ALEXANDRA ASCENSIO RIVERA

Demandadas: CNSC y SENA

Derechos: Acceso al empleo público y otros

Asunto: Impugnación tutela de primera instancia.

De manera respetuosa, me permito presentar los motivos que me llevan a apartarme de la decisión mayoritaria en relación con el proyecto de la referencia, no sin antes reconocer la sana discusión sostenida con los colegas de Sala frente a estos asuntos, lo que sin duda enriquece aún más el ejercicio de la Judicatura.

Resulta claro que lo pretendido por la libelista es lograr su nombramiento en propiedad en uno de los cargos vacantes en el SENA, y así ampliar los efectos jurídicos de la convocatoria pública

efectuada por la CNSS Mediante Acuerdo Nº 20171000000116 del 24 de julio de 2017, aclarado por el Acuerdo Nº 20181000001006 del 8 de junio de 2018, mediante el cual se convocó a concurso de méritos para proveer 3766 empleos del SENA, el cual se desarrolló a través de la Convocatoria Nº 436/17 de la CNSC, siendo una de las aspirantes JOHANA ALEXANDRA ASCENCIO RIVERA, quien concursó para el empleo denominado Instructor grado 1, código 3010; superó las pruebas y demás exigencias alcanzando el tercer lugar de la lista de elegibles con un puntaje de 81,32, pero ahora por recomposición ocupa el primer lugar.

En efecto, se ha dispuesto en el fallo de segunda instancia, realizar los trámites administrativos para dar cumplimiento a lo previsto en la Ley 1960/19; y, en consecuencia, autorizar el uso de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC 20192120001825 del 21 de enero de 2019, respecto del cargo Instructor grado 1º, código 3010, OPEC 58429, y proceder a su designación en uno de los empleos de carrera administrativa que se encuentran en provisionalidad, encargo o vacantes, teniendo en cuenta que la lista aún está vigente.

Estaría conforme con lo resuelto, en tanto obviamente se trata de amparar los derechos de la libelista para acceder a un cargo público por el sistema de méritos, sino fuera porque advierto que en el trámite de la tutela no se dispuso por la primera instancia la vinculación a la acción de los terceros con interés, y particularmente de todos aquellos que integran la lista de elegibles y los que ocupan los cargos vacantes en el SENA y que han sido provistos en provisionalidad o en encargo, pues frente a ellos es

claro que les asiste un interés para pronunciarse, pues cualquier decisión que se adopte les puede generar efectos jurídicos.

Colofón de lo expuesto, es claro que resulta imperiosa la vinculación de los terceros con interés en la resultas de esta acción, a efecto de garantizar los preceptos del art. 29 Superior y, obtener de su parte pronunciamiento, si es su deseo, sobre los hechos de la demanda y sus pretensiones, pues podrían eventualmente resultar perjudicados con la decisión adoptada al interior de esta actuación, máxime cuando se infiere que tienen incidencia en las pretensiones de la accionante, pues eventualmente serán desplazados de sus cargos por quien ostenta mejor derecho.

De manera que, ante esa omisión, considero, ha debido declararse la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, al conculcarse el debido proceso.

Para sustentar la tesis, importante resaltar que la Corte Constitucional[4] de antaño ha señalado la necesidad de integrar en debida forma el contradictorio, con el fin de amparar los derechos de todas aquellas personas que tuvieren interés en el trámite de la tutela o que la decisión los pudiese afectar, veamos:

"Este mecanismo preferente y sumario -la tutela-, es la base primordial para que a toda persona pueda garantizárseles sus derechos fundamentales de manera ágil y expedita. De ahí que no puede existir vacilación o negligencia en aplicar los procedimientos legales para indagar la realidad constitucional que presenta un determinado caso de tutela. De esa manera, el juez de tutela debe

[4] Corte Constitucional, Auto – 019 de 1991.

llamar a todas las personas o autoridades públicas que puedan resultar implicadas en el juicio, y por ende resulten afectadas o comprometidas con el fallo. Si están personas involucradas en los hechos, ya que son mencionadas por las partes o su implicación se debe de los elementos probatorios aportados al expediente no son notificadas dentro del trámite, se violaría su derecho de defensa, toda vez que no tendrían conocimiento de la acción de tutela en curso y, por tanto, no podrán presentar las explicaciones o justificaciones del caso ".

"El último inciso del artículo 13, del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, permite la intervención de "quien tuviera un interés legítimo en el resultado del proceso", intervención que solamente es posible a través del conocimiento cierto y oportuno que puede tener un sujeto de derecho acerca de la existencia de la acción de tutela."

"Como lo tiene definido la Corte Constitucional, y particularmente esta Sala de Revisión, no es posible adelantar válidamente un proceso de tutela cuya finalidad es desconocer actos jurídicos, sentencias o providencias judiciales, ejecutoriadas, o actos administrativos, sin la citación de quienes participaron en tales actos, o se encuentran en una situación jurídica concreta en virtud de ellos. La Nulidad que se observa, es consecuencia de la violación del artículo 29 de la Constitución, porque la falta de notificación implica la violación del derecho de defensa. Esto se entiende fácilmente si se tiene en cuenta que quienes han intervenido en un proceso judicial, o derivan derechos de una providencia, lo mismo que aquellos que los derivan de un acto administrativo, están

llamados a intervenir necesariamente en el proceso de tutela encaminado a dejar sin efecto la decisión judicial o administrativa."

Por ello, considero que no ha debido revocarse el fallo de primera instancia, sino lo procedente era declarar la nulidad de lo actuado por indebida integración del contradictorio por pasiva.

En estos términos dejo sentados mis siempre respetuosas consideraciones sobre el asunto de trato.

SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR
Medellin

S A L A P E N A L

Radicado: 05001-31-09-015-2020-00133
Accionante: Jorge Hernán Vélez Gallego
Accionadas: CNSC y SENA
Asunto: Impugnación de fallo de tutela
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 073

Medellín, veintitrés de junio de dos mil veintiuno

1. EL ASUNTO

Resuelve la Sala la impugnación interpuesta por el señor *Jorge Hernán Vélez Gallego* en contra de la sentencia emitida el 16 de abril de 2021 por el Juzgado Quince Penal del Circuito de Medellín que negó el amparo constitucional invocado.

2. LOS ANTECEDENTES

2.1. La solicitud de tutela y la sentencia impugnada

De lo narrado en el escrito de tutela se extrae como hechos relevantes que el señor *Jorge Hernán Vélez Gallego* se presentó al concurso de méritos para proveer definitivamente vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, contemplado en la Convocatoria No. 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC, concursando para el cargo de Instructor, código 3010, Grado 1, con OPEC 58862. Ocupó el segundo lugar de la lista de elegibles y luego de haber sido nombrada la persona que estaba en primer lugar, ahora encabeza la lista por recomposición automática de la misma, advirtiendo que con las listas de elegibles se surtieron las vacantes inicialmente convocadas en cada una de las OPEC,

incluidos los quince empleos de grado Instructor en el área de Mecatrónica.

Señala el actor que el empleo OPEC 59669 grado 1 al 20, correspondiente al de Instructor en el área temática Mecatrónica, en cuya lista se encuentra incluido, corresponde a la ubicación geográfica del Municipio de Medellín, y conforma el Banco Nacional de Lista de Elegibles, recalcando que ocupa el primer lugar de la lista del Departamento de Antioquia, al igual que la del nivel nacional junto con el señor Jairo Espinosa Díaz.

Refiere que en el SENA existe como mínimo una vacante no convocada para proveerla conforme con la Ley 1960 de 2019, pero no se le ha ofrecido ninguna al no corresponder a la ubicación geográfica escogida, por lo que considera que no se estarían asignando mediante el criterio del mérito como lo exige la Constitución, cuando el empleo para el que concursó es uno solo y el mismo para cualquier ubicación geográfica de los Centros de Formación del SENA en Colombia; así mismo, se le habría manifestado que el uso de las listas únicamente procede frente a vacantes que correspondan a los mismos empleos reportados, a pesar de que gran cantidad de vacantes están siendo asignadas por listas nacionales de elegibles a través de fallos judiciales por equivalencia en otros empleos con similitud funcional de la misma área temática.

Considera que las limitantes así fijadas por la CNSC a través de sus criterios unificados no pueden reemplazar el principio del mérito consagrado en el artículo 125 de la Constitución Política, puesto que todos los participantes del área mecatrónica fueron evaluados con la misma rigurosidad en todo el país, además que el SENA tiene una planta global y flexible.

Hace una relación de diferentes casos análogos en los que los jueces de tutela inaplicaron por inconstitucional el Criterio Unificado

del 16 de enero de 2020 de la CNSC, mediante el cual se había especificado que una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019 seguiría las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los acuerdos de la convocatoria, así como otros fallos de tutela que se apoyaron en la aplicación con efecto retrospectivo de esa ley, ordenando nombramientos en cargos equivalentes a los concursados.

En conclusión, al considerar vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al acceso al empleo público, a la dignidad y al principio de confianza legítima, el accionante pretende que se ordene a las entidades accionadas autorizar y usar la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182120194015 del 24 de diciembre de 2018, respecto al cargo de Instructor con código 3010, Grado 1, para el nombramiento en uno de los empleos equivalentes o en el mismo empleo que se encuentre en provisionalidad, encargo o vacancia definitiva. Específicamente, solicita se ordene a la CNSC ofertar los empleos del cargo en la Oferta Pública de Empleos a nivel nacional a las personas que conforman la lista de la OPEC 59669 y se utilice la nueva lista para el área temática mecatrónica que se conformó mediante la Resolución No. 10303 del 20 de octubre de 2020, ordenándole al SENA efectuar su nombramiento en una de las vacantes.

El juez de primer grado consideró que debía negarse por improcedente el amparo constitucional pretendido atendiendo al Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 de la CNSC, en el que se concluye que la aplicación de la Ley 1960 de 2019, para los procesos de selección posteriores al 27 de junio de 2019, fecha de entrada en vigencia, podrá usarse la lista de elegibles para proveer vacantes de los empleos que integraron la OPEC de la respectiva convocatoria y nuevas vacantes, sea de “mismos empleos” o de “empleos

equivalentes"; reiterando así, respecto de estos últimos que solo se aplica para los procesos de selección que sean aprobados con posterioridad a junio 27 de 2019.

Con relación a la aplicación retrospectiva de la ley en mención, procedió a efectuar un análisis de la sentencia T-340 de 2020 para concluir que la Corte Constitucional no está desconociendo el criterio unificado, sino que le está dando un valor especial, estableciendo la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019 y se concedió la tutela en ese caso por sus características especiales, para acceder a una vacante nueva no convocada surgida con posterioridad a la convocatoria, debiendo tratarse de un cargo de la misma denominación, grado, código y asignación básica, por lo que quedaría descartado que se pueda utilizar esta doctrina con un empleo equivalente como lo pretende el actor.

En lo atinente a la pretensión del accionante de ser nombrado en las vacantes definitivas no convocadas que han surgido con posterioridad a la convocatoria, estima el juez que debe tenerse en cuenta la ubicación geográfica para su provisión por tratarse de una regla de la convocatoria que fue aceptada por el aspirante.

Finalmente, advierte que, si el solicitante no está conforme con los actos administrativos proferidos en virtud de las reglas del concurso como en la conformación de las listas de elegibles y su uso frente a la Ley 1960, puede controvertirlos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

2.2. La impugnación

El señor *Jorge Hernán Vélez Gallego* impugnó la sentencia de primera instancia señalando como premisas que ocupó el primer lugar en la lista nacional de elegibles del área temática mecatrónica, la Ley 1960 de 2019 le otorgó el derecho a ser nombrado en carrera

administrativa, el Decreto 498 de 2020 es aplicable a su caso, el Criterio Unificado del 22 de septiembre de 2020 de la CNSC no contempla limitaciones de la aplicabilidad en el tiempo, el Acuerdo No. 13 del 22 de enero de 2021 avala su derecho a ser nombrado al haber sido expedido en vigencia de su lista, el concepto del presidente de la CNSC indica que quienes están en una lista de elegibles de la Convocatoria 436 de 2017 tienen derecho a ser nombrados, el SENA reconoce en respuesta del 11 de marzo de 2021 ese derecho, el principio de mérito debe primar y la sentencia T-340 de 2020 avala la utilización de la listas para el nombramiento de personas que están en puestos diferentes al primero y en su caso se consolidó ese derecho.

Considera que la sentencia impugnada desconoció el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y de otros 31 fallos de tutela que decidieron casos análogos, entre ellos, el emitido por esta Sala de Decisión en el proceso con radicado 05001-31-09-007-2020-00097, con los cuales se dispone la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019 en sus artículos 6 y 7, y se aparta del Criterio Unificado de la CNSC, permitiendo el uso de la lista de elegibles para el nombramiento de los concursantes en los demás cargos para los que concursaron que no fueron ofertados y que se encuentren vacantes, así como los empleos equivalentes.

Refiere que la CNSC expidió un nuevo criterio unificado para empleos equivalentes con fecha del 22 de septiembre de 2020, en el cual se contempla el uso de la lista de elegibles para ese efecto, dando aplicación al contenido del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, por lo que entiende que la CNSC ha actualizado su postura al respecto y debe aplicarse a su caso.

Indica que, según lo informado por el SENA, en su planta global han quedado dos vacantes definitivas no convocadas que se producen en vigencia de la lista de elegibles debido a la renuncia por

pensión de vejez de dos instructores asociados al área temática de Mecatrónica, pertenecientes a las regionales de Santander y Antioquia del SENA, cumpliéndose las condiciones establecidas en el artículo 8 del Acuerdo 165 de 2020 de la CNSC que establece el uso de las listas de elegibles para proveer vacantes del mismo empleo o de cargos equivalentes.

No está de acuerdo con la decisión del juez de primer grado de considerar que la tutela no es procedente por la existencia de otro mecanismo judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, puesto que esta vía en el caso concreto no resulta idónea ni eficaz para resolver la controversia planteada dentro de un concurso de méritos.

Finalmente, hace un recuento de los fallos de tutela que han aplicado retrospectivamente la Ley 1960 de 2019 con relación al nombramiento en empleos equivalentes y solicita se revoque el fallo impugnado y, en su lugar, se amparen los derechos invocados.

3. LAS CONSIDERACIONES

3.1. La Competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 esta Sala es competente para resolver la impugnación por ser el superior funcional del juez que resolvió la primera instancia, quien, a su vez, gozaba de competencia para conocer del asunto.

3.2. Pruebas

Se decide con fundamento en las afirmaciones contenidas en la solicitud de tutela, las respuestas de la CNSC y del SENA, y los documentos anexos.

3.3. La decisión

Inicialmente la Sala considera oportuno reiterar lo dicho en el auto del 23 de marzo de 2021, por medio del cual se declaró la nulidad de lo actuado en la presente actuación, en lo referente a la vigencia de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. CNSC 20182120194015 del 24 de diciembre de 2018, y en la cual el actor ocupa el primer lugar, toda vez que actualmente habría perdido vigencia en razón a que cobró firmeza el 15 de enero de 2019 y, de acuerdo con lo informado por la CNSC, venció el 14 de enero de 2021.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la presente acción de tutela fue interpuesta por el accionante con anterioridad a que acaeciera esta circunstancia, buscando ser nombrado en un empleo igual o equivalente al que participó, motivo por el cual debe entenderse que la lista tiene plena aplicación a este específico evento, tal como lo tiene establecido la jurisprudencia al respecto, específicamente la Corte Constitucional a través de la sentencia T-112A de 2014, reiterada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de tutela STC9886-2019 del 25 de julio de 2019, con ponencia del Magistrado Dr. Ariel Salazar Ramírez, emitida dentro del proceso constitucional con radicado 73001-22-13-000-2019-00144-01 la que se indicó lo siguiente:

> "Ahora bien, se debe aclarar que independientemente de que la lista feneció desde el 5 de julio del presente año, pues conforme a lo señalado en el artículo 216 del Decreto 262 de 2000, la lista «*Tendrá vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su publicación…*», por lo que solamente estuvo vigente entre el 5 de julio de 2017 y el 5 de julio de 2019, dado que la Resolución No. 338, se publicó en la fecha inicial indicada; lo cierto es que, como la accionante elevó el presente amparo antes de que la lista de elegibles perdiera vigencia, esto es, el 28 de mayo de 2019, buscando ser nombrada en un empleo igual o equivalente al que ella participó, tal como lo establece el mencionado precepto, es evidente que dicha lista tiene plena aplicabilidad en el caso en estudio.

Para ello, es pertinente hacer alusión a la Sentencia T-112A de 3 de marzo de 2014 proferida por la Corte Constitucional en la cual se hizo alusión al punto relacionado con el vencimiento de la lista de elegibles durante el trámite de la acción de tutela:

> *«…, la Convocatoria 001 de 2005 se adelantó con base en la Resolución No. 171 del 5 de diciembre de 2005 y el Decreto 1227 de 2005 reglamentario de la Ley 909 de 2005. A su vez, cumplidas todas las etapas del proceso de selección de dicha convocatoria se procedió a conformar la lista de elegibles que en el caso concreto fue materializada en la Resolución No. 3037 del 10 de junio de 2011. La accionante presentó derecho de petición a la Gobernación de Santander el 2 de abril de 2013 solicitándole a esta que al igual que en otros casos pidiera la respectiva autorización de uso de la lista de elegibles en la que ella se encontraba a la CNSC con base en las pautas de la convocatoria que le eran aplicables para proveer vacantes definitivas ocurridas luego del 7 de diciembre de 2009 por renuncias presentadas por distintos funcionarios*
>
> *Es oportuno aclarar que actualmente la lista de elegibles ha perdido vigencia. Conforme al artículo 15 de la resolución 3037 de 2011 de 10 de junio de 2011, las listas de elegibles conformadas a través de dicho acto administrativo tendrán una vigencia de dos años desde la fecha de su firmeza. Conforme a lo publicado por la CNSC, la fecha de firmeza fue el 29 de junio de 2011, de forma tal que su vigencia fue hasta el 29 de junio de 2013. Sin embargo, la señora Torres Rodríguez, elevó el presente amparo antes de que la lista de elegibles perdiera vigencia buscando ser nombrada en un empleo igual o equivalente al que ella participó, tal como las normas del concurso que regían lo permitían, o por lo menos que se elevara la solicitud de autorización del uso de la lista de elegibles a la CNSC, por lo que dicha lista tiene plena aplicabilidad en el caso en estudio».*
>
> 7. En virtud de lo anterior se hace necesaria la intervención del juez constitucional a fin de remediar el quebranto de las garantías del tutelante y restablecer el orden jurídico."

De otro lado, atendiendo a que la controversia planteada en este asunto resulta similar a la analizada en el proceso de tutela con radicado 05001-31-09-007-2020-00097, citado por el impugnante, en el que figura como accionante la señora Liliana María Londoño Marín y como accionadas la CNSC y el SENA, el Tribunal reiterará los argumentos formulados en la sentencia emitida el 1 de febrero de 2021 dentro del asunto en mención, toda vez que se trata de la postura que actualmente desarrolla esta Sala de Decisión respecto al tema acá tratado.

La acción de tutela es un mecanismo residual y sumario para la protección de los derechos fundamentales cuya procedencia presupone la vulneración o amenaza de algún derecho básico del accionante por parte de la autoridad pública o el particular, según de lo que se trate, y que el actor carezca de otro medio judicial para su defensa, salvo el evento del perjuicio irremediable.

Por supuesto que estos presupuestos deben concurrir de manera conjunta, pues a falta de uno de ellos la pretensión de amparo constitucional deviene en improcedente.

De los hechos narrados en el escrito de tutela, percibe la Sala que realmente lo que busca el solicitante es que se le nombre en un cargo igual o en uno equivalente al empleo del SENA en el cual concursó, esto es, Instructor, Código 3010, Grado 1, con OPEC 58862 del área temática de Mecatrónica, teniendo en cuenta que actualmente ocupa el primer lugar de la lista de elegibles para dicho cargo y que existirían empleos en la planta de personal del SENA que estarían vacantes. Por tanto, lo que está en discusión es la eventual vulneración de los derechos al debido proceso administrativo y al acceso a la carrera administrativa.

En estas circunstancias, no parece razonable exigir al accionante acudir a la vía judicial ordinaria puesto que la resolución de la controversia planteada, producida en el transcurso de un concurso de méritos, requiere de cierta inmediatez para que produzca efectos apropiados a la finalidad constitucional del proceso de selección del talento humano de una institución, en el caso, vincular a los mejores como empleados para el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, con mayor razón cuando la lista de elegibles tiene una vigencia de dos años y en la que se encuentra el accionante cobró firmeza desde el mes de enero del presente año, tal como lo informó la CNSC. Por eso, es la tutela el medio judicial idóneo de

protección para los derechos invocados, puesto que para la resolución del asunto no resultan oportunos ni eficaces los mecanismos judiciales de protección ordinarios.

Superada la verificación del presupuesto de residualidad de la acción de tutela, la Sala ingresará en el fondo del asunto, naturalmente que, de acuerdo con sus potestades, las que se limitan a constatar si arbitrariamente se están afectando los derechos básicos antes mencionados.

En el caso bajo examen los problemas jurídicos que se deben entrar a resolver consisten en determinar si la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC, y el SENA afectan o amenazan derechos básicos del actor cuando omiten acudir a la lista que conforman los restantes elegibles para proveer todos los cargos que integran su planta de personal que sean iguales al empleo para el que concursó y hayan quedado vacantes con posterioridad a la convocatoria o que sean equivalentes y no estén provistos en propiedad.

No puede ignorarse que fue expresa la voluntad del constituyente de que los cargos de la entidad accionada, como en general los cargos públicos, se proveyeran conforme a un régimen de carrera. De eso da cuenta el artículo 125 de la Constitución Política. Adicionalmente, el legislador reguló lo relativo para el ingreso en los empleos de carrera, en la Ley 909 de 2004, en cuyos artículos 27 y 31 numeral 4° se lee lo siguiente:

> ARTÍCULO 27. *CARRERA ADMINISTRATIVA.* La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

> ARTÍCULO 31. *ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN O CONCURSO.* El proceso de selección comprende:
>
> 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.

Este último numeral fue modificado por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, quedando de la siguiente forma:

> "ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:
>
> 1. (…)
>
> 2 (…)
>
> 3 (…)
>
> 4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad."

Entonces, lo que está claro es la obligación constitucional y legal del SENA de designar sus cargos de carrera con la lista de elegibles y ello debe hacerlo con diligencia y ateniéndose a los principios que gobiernan a la administración pública, entre ellos, los de celeridad, igualdad y eficacia, según lo establece el artículo 209 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 2 de la Ley 909 de 2004.

Por eso, para la Sala es injustificable que no se depuren las listas de elegibles de modo que dentro de los cargos que se dispuso a proveer en carrera así se proceda, aun cuando se hayan producido

nombramientos en los cargos ofertados, aspecto sobre el cual no se evidencia por parte del SENA la debida diligencia, puesto que, si bien en la respuesta brindada a la petición con radicado 7-2021-015462 le informa al accionante que, en el marco del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, el SENA reportó las vacantes definitivas existentes en la planta de personal a la CNSC e hizo la solicitud de uso de las listas de elegibles conformadas en la Convocatoria 436 de 2017, correspondiendo a esta última entidad emitir las autorizaciones respectivas, lo cierto es que no se brinda una información detallada con relación a si, efectivamente, han sido reportadas todas las vacantes de los cargos similares para los que concursó el accionante y que las mismas hayan sido provistas exclusivamente con los integrantes de la lista de elegibles, especialmente las descritas por el impugnante, esto es, las vacantes asociadas al área temática de Mecatrónica que habrían surgido en las regionales de Santander y Antioquia del SENA con ocasión de la aceptación de la renuncia de quienes ocupaban dichos cargos por haber obtenido la pensión de vejez.

Así mismo, aunque en la referida respuesta también se le informa al actor que actualmente existe en la planta de personal una vacante surgida con posterioridad a la oferta pública de empleos de la Convocatoria No. 436 de 2017, que cumple con las condiciones señaladas en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, específicamente el empleo de Instructor 01 del Centro de Tecnología de la Manufactura Avanzada ubicada en Medellín, Antioquia, solo se manifiesta que el SENA efectuará el reporte de dicha vacante para que la CNSC adelante las actuaciones administrativas pertinentes para la procedencia del uso de la lista de elegibles en virtud del criterio unificado, sin que se perciba que, en efecto, se haya procedido a ello.

En cambio, se tiene que el SENA, en su contestación a la solicitud de tutela, se niega a efectuar el nombramiento del actor en cargos iguales o equivalentes no convocados, justificando su omisión en el hecho de que la Convocatoria 436 de 2017 se adelantó con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019 que permite hacer uso de las listas de elegibles en empleos equivalentes, por lo que la misma no tendría aplicación, y sustenta su decisión con base en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 y el Concepto No. 20192120127851 del 15 de marzo de 2019 de la CNSC, por lo que el uso de la lista que esta última entidad apruebe para el SENA será únicamente para proveer vacantes de los mismos empleos reportados.

Es así como la omisión puesta de presente amenaza de manera seria y actual los derechos del solicitante, extensiva a los demás integrantes de la lista de elegibles que cuentan con la expectativa de ser nombrados en un cargo igual o equivalente, causa por la cual deberá concederse el amparo constitucional con el fin de precaver la afectación de los derechos fundamentales reclamados, en especial, el debido proceso administrativo y el acceso a la carrera administrativa.

El Decreto 498 de 2020, por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, en su artículo 1, que modificó el artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 1083 de 2015, en lo pertinente estableció lo siguiente:

> **ARTÍCULO 1**. Modificar el artículo 2.2.5.3.2 del Capítulo 3 del Título 5 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, el cual quedará así:
>
> "**ARTÍCULO 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera.** La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

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

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.

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.

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 adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

PARÁGRAFO 1º. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, 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 y para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

Lo anterior sin perjuicio de lo señalado en el numeral 3 del artículo 21 de la Ley 909 de 2004.

(…)

De lo anterior se desprende que el SENA tiene la obligación legal de determinar los empleos iguales que resulten vacantes con posterioridad a la convocatoria y aquellos equivalentes no convocados y reportarlos ante la CNSC con el fin de que se autorice el uso de la lista de elegibles para el nombramiento de los aspirantes a dichos cargos, sin que pueda escudarse en el Criterio Unificado de la CNSC referente a la no aplicación de la Ley 1960 de 2019, específicamente de su artículo 6, al haber sido expedida con

posterioridad a la Convocatoria 436 de 2017, teniendo en cuenta que se trata de una controversia que ya fue zanjada por la Corte Constitucional mediante la aplicación temporal de la norma, a través de la figura de la retrospectividad, entendida como *"la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva"*[1].

Al respecto, la alta corporación en la sentencia T-340 de 2020, citada por el impugnante, en la que, si bien se trató de un caso en el que el accionante pretendía que se le nombrara en un cargo similar al que concursó, tal como lo advirtió el juez de primera instancia, la Corte estableció las siguientes reglas con relación a la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019 que incluye la posibilidad del uso de la lista de elegibles para el nombramiento de los cargos vacantes que sean equivalentes y que no fueron ofertados en la respectiva convocatoria:

> **"3.6. Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo**
>
> 3.6.1. El 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019, *"Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones"*. En ella se alteraron figuras como el encargo, se dispuso la profesionalización del servicio público, se reguló la movilidad horizontal en el servicio público y, en particular, respecto de los concursos de méritos, se hicieron dos cambios a la Ley 909 de 2004. El primero de ellos consistió en la creación de los concursos de ascenso, para permitir la movilidad a cargos superiores de funcionarios de carrera dentro de la entidad, así, en la referida ley, se establecieron unas reglas puntuales para la procedencia de estos concursos y se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los seis meses siguientes contados a partir de su expedición, debía determinar el procedimiento para que las entidades y organismos reportaran la OPEC, para viabilizar el referido concurso.
>
> El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, como se mencionó

[1] Sentencia T-564 de 2015

con anterioridad, con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas *"vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad"*. Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación.

Como se aprecia, el cambio incluido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, comporta una variación en las reglas de los concursos de méritos, particularmente en relación con la utilización de las listas de elegibles. Así, la normativa anterior y la jurisprudencia de esta Corporación sobre el tema, partían de la premisa de que la norma establecía que las listas de elegibles únicamente podrían usarse para los cargos convocados y no otros, a pesar de que con posterioridad a la convocatoria se generaran nuevas vacantes definitivas. Con ocasión de la referida modificación, esta Sala deberá definir la aplicación en el tiempo de dicha norma, comoquiera que, su uso, en el caso concreto, *prima facie*, proveería un resultado distinto de aquel que podía darse antes de su expedición, no solo debido al cambio normativo, sino también a la consecuente inaplicabilidad del precedente señalado de la Corte respecto del uso de la lista de elegibles, ya que la normativa en la cual se insertaron esos pronunciamientos varió sustancialmente.

(…)

3.6.3. Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma, por lo que se deberá definir si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley.

(…)

Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso *sub-judice*. El último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la **retrospectividad**, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, *"pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva"*[2]. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia.

[2] Sentencia T-564 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.

Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles "*se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer*"[3]. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen **un derecho subjetivo** y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004[4].

Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el

[3] Sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
[4] La norma en cita dispone que: *"**ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio**. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; // b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa; (...) d) Por renuncia regularmente aceptada; // e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez* [Declarado EXEQUIBLE por la Corte en Sentencia C-501 de 2005, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.] // *f) Por invalidez absoluta; // g) Por edad de retiro forzoso; // h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario; // i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo* [Declarado EXEQUIBLE por la Corte en Sentencia C-1189 de 2005, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.] // *j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen; // k) Por orden o decisión judicial; // l) Por supresión del empleo;// m) Por muerte; // n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes."*

derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso.

Por último, se aclara que en este caso no se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto de los potenciales aspirantes que podrían presentarse a los concursos públicos de méritos para acceder a los cargos que ahora serán provistos con las listas de elegibles vigentes en aplicación de la nueva ley. En efecto, tanto la situación de quienes tienen derechos adquiridos como de quienes aún no han consolidado derecho alguno, están reservadas para las personas que conformaron las listas de elegibles vigentes al momento de expedición de la ley, de manera que el resto de la sociedad está sujeta a los cambios que pueda introducir la ley en cualquier tiempo, por cuanto, en esas personas indeterminadas no existe una situación jurídica consolidada ni en curso.

3.6.4. Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que *"las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019,* ***deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad*** *y que correspondan a los "****mismos empleos",*** *entiéndase con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."*[5].

3.6.5. En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes

[5] Énfasis por fuera del texto original, Consultado en: https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos.

convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.

(…)

3.7.3. De acuerdo con lo expuesto el acápite 3.6 de esta providencia, la Ley 1960 de 2019 modificó la Ley 909 de 2004, concretamente la regla referida al uso de las listas de elegibles vigentes, para permitir que con ellas también se provean las *"vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad"*.

Así las cosas, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley aplica a la situación de las personas que ocupan un lugar en la lista de elegibles que excedía el número de vacantes ofertadas y por proveer. Es decir que, si son las siguientes en orden y existe una lista vigente, en caso de producirse una vacante para ese empleo, aun cuando no haya sido ofertado, tendrán derecho a ser nombradas en las vacantes definitivas que se vayan generando, de conformidad con lo dispuesto en la referida ley. Sin embargo, en cada caso concreto, la entidad cuyas necesidades de personal se pretenden satisfacer mediante el concurso deberá realizar los trámites administrativos para reportar las vacantes definitivas de los cargos a la CNSC, así como los trámites financieros y presupuestales para poder hacer uso de las referidas listas."

La Sala acoge sin reserva alguna lo decidido por la Corte Constitucional con lo cual no cabe la aplicación de los criterios unificados de la CNSC que impedían el uso de la lista de elegibles para el nombramiento en cargos equivalentes no ofertados, debiendo agregar que fue la misma CNSC la que, con posterioridad, expidió el Criterio Unificado del 22 de septiembre de 2020 en el que dispuso las siguientes pautas para efectuar este tipo de nombramientos:

"En cumplimiento del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, las listas de elegibles producto de un proceso de selección se usarán para proveer vacantes definitivas de los "mismos empleos" o "empleos equivalentes", en los casos previstos en la Ley[6].

Para efecto del uso de listas se define a continuación los conceptos de "mismo empleo" y "empleo equivalente":

- MISMO EMPLEO.

[6] Vacantes generadas por modificación de planta, o por las causales del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

> Se entenderá por "mismos empleos", los empleos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes[7]; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.
>
> • EMPLEO EQUIVALENTE.
>
> Se entenderá por empleos equivalentes aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan grado salarial igual, posean el mismo requisito de experiencia, sean iguales o similares en cuanto al propósito principal o funciones, requisitos de estudios y competencias comportamentales y mismo grupo de referencia[8] de los empleos de las listas de elegibles. Para analizar si un empleo es equivalente a otro, se deberá:
>
> PRIMERO: Revisar las listas de elegibles vigentes en la entidad para determinar si existen empleos del mismo nivel jerárquico y grado del empleo a proveer.
>
> NOTA: Para el análisis de empleo de nivel asistencial se podrán tener en cuenta empleos de diferente denominación que correspondan a la nomenclatura general de empleos, con el mismo grado del empleo a proveer. Por ejemplo, el empleo con denominación Secretario Código 4178 Grado 14 y el empleo con denominación Auxiliar Administrativo Código 4044 Grado 14."

Por consiguiente, a juicio de la Sala no se ajusta a los mandatos constitucionales y legales que el SENA se rehúse a continuar con el nombramiento de todas las plazas disponibles en la entidad para los cargos iguales o equivalentes no ofertados al que aspiró el accionante, de conformidad con la lista general de elegibles establecida por la Resolución No. 10303 del 20 de octubre de 2020 de la CNSC, por la cual se conforma la Lista General de Elegibles para proveer una vacante del empleo denominado Instructor, Código 3010, Grado 01, del área temática Mecatrónica, cuyo concurso fue declarado desierto en la Convocatoria No. 436 de 2017.

Dado que el SENA responde que solo se utiliza la lista de elegibles para la provisión definitiva de las vacantes de los mismos

[7] Mismo Grupo de Aspirantes: Grupo de aspirantes a quienes se les evalúa las mismas competencias (mismo cuadernillo); y a quienes se les califica con los mismos parámetros estadísticos y el mismo ponderado (mismo sistema de calificación).
[8] Mismo Grupo de Referencia o Normativo: Grupo al que se aplica el mismo cuadernillo y se califica agrupado. Por lo tanto, es un agregado estadístico que será empleado para obtener la calificación estandarizada (usualmente basada en el cálculo de la media y desviación típica).

empleos reportados, deberá advertirse con la fuerza propia de una decisión constitucional que las vacantes que existan o lleguen a existir antes de la pérdida de vigencia de la lista y que se traten de empleos iguales o equivalentes, deberán ser provistas en carrera con la lista actual. En consecuencia, se deberá remover esa omisión mediante una orden para que se continúe proveyendo dichos cargos con los inscritos en el registro de elegibles en estricto orden descendente.

Igualmente, no puede desconocerse que, de ampliarse el número de cargos por proveer bajo el sistema de carrera, el accionante puede acceder efectivamente a un cargo equivalente para el cual concursó al encontrarse en el primer lugar de la lista de elegibles junto con otro aspirante. Para el efecto, es imperioso dejar explícito que el solicitante, al haber aprobado el concurso de méritos en el cual participó, no cuenta con una mera expectativa sino con el derecho a ocupar una de las vacantes que existan en el SENA y que sean iguales o equivalentes al empleo Instructor, Código 3010, Grado 01, o que lleguen a presentarse durante la vigencia de la lista de elegibles.

Si el marco constitucional y legal no exime los cargos permanentes de la planta de personal provistos en provisionalidad y encargo del ingreso de carrera, como ocurre con los de libre nombramiento y remoción, entonces todos los cargos vacantes con vocación de permanencia deben ser provistos por este sistema, salvo, como es obvio, que se encuentren ocupados en propiedad.

Ahora bien, aunque podría deducirse que la afectación de los derechos fundamentales del accionante deviene exclusivamente de la equivocada actuación del SENA, lo cierto es que al respecto la CNSC ha optado por asumir una conducta pasiva y no proactiva, incompatible con los postulados de un Estado Social de Derecho en

el que, según el contenido del artículo 2 de la Constitución Política, las autoridades públicas están instituidas para proteger a las personas en todos sus derechos.

Si bien la CNSC ha expedido el Criterio Unificado del 22 de septiembre de 2020 y la Lista General de Elegibles contenida en la Resolución No. 10303 de 2020, juzga la Sala que no se ha actuado con diligencia para que los eventuales cargos propios de la carrera administrativa no convocados y que sean iguales o equivalentes al empleo para el que concursó el accionante se provean de la lista de elegibles en la que actualmente ocupa el primer lugar y, por el contrario, de lo informado por la CNSC en la última respuesta a la solicitud de tutela, dicha entidad alega que la Ley 1960 de 2019 no prevé la consolidación de listas generales de elegibles, sino el uso de las listas de elegibles para la provisión de empleos no convocados, no siendo aplicable al presente proceso de selección, pues la conformación de la Lista General de Elegibles mencionada se hizo con ocasión de órdenes judiciales frente a casos particulares, además que considera que no es procedente hacer uso de la lista de elegibles en tanto esta venció el 14 de enero de 2021 y durante su vigencia no se generaron vacantes adicionales que cumplieran con los requisitos de mismo empleo, lo que a todas luces contradice los postulados constitucionales que deben observarse en los concursos de méritos como quedó establecido en esta providencia.

Sabido es que la existencia del concurso garantiza la satisfacción del principio de mérito y de igualdad en el ingreso de los cargos públicos, valor esencial en un Estado Social de Derecho, el que no pueden dejar de lado las entidades accionadas, causa por la cual procede la protección constitucional solicitada. En todo caso, se señalarán términos razonables de modo que pueda coexistir la satisfacción del derecho a acceder a los cargos públicos por concurso

y los requerimientos administrativos de las accionadas para llevar a cabo un adecuado proceso al respecto.

En conclusión, del examen realizado surge que las actuaciones y omisiones del SENA y de la CNSC amenazan de modo cierto los derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa para ocupar un cargo público y al debido proceso administrativo del señor *Jorge Hernán Vélez Gallego,* por lo que se impone su protección constitucional, extensiva a los demás integrantes de la lista general de elegibles, dejando claro que en el caso no puede operar la limitante de que el cargo debe corresponder a la ubicación geográfica escogida, toda vez que el SENA cuenta con una planta global, lo que implica que se tiene una relación de los empleos que requiere la institución para el cumplimiento de sus objetivos y funciones, sin definir la localización en las divisiones o dependencias de la estructura de la entidad y, en todo caso, porque actualmente se encuentra conformada una Lista General de Elegibles a nivel nacional.

En consecuencia, se ordenará al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, que en un término no superior a ocho (8) días, reporte a la CNSC las vacantes definitivas que haya producido antes de la perdida de vigencia de la lista en su planta de personal para el cargo de Instructor, Código 3010, Grado 01; una vez efectuado lo anterior y se reciba la autorización para el uso de la lista de elegibles por parte de la CNSC, deberá el SENA hacer uso de la misma en estricto orden descendente para proveer las vacantes definitivas reportadas, así no hayan sido ofertadas inicialmente en el concurso.

Así mismo, se ordenará al SENA y a la CNSC que dentro del mismo término de 8 días, de manera conjunta realicen el estudio de equivalencia de los cargos vacantes no convocados en todo el territorio nacional, con relación al empleo de Instructor, Código

3010, Grado 01, al que concursó el accionante y se reporte a la CNSC las vacantes definitivas y equivalentes que se hayan producido en la planta de personal para dicho cargo hasta el momento en que perdió vigencia la lista; una vez efectuado lo anterior, la CNSC contará con un término de 15 días para realizar las verificaciones y actualizaciones a que haya lugar, luego del cual deberá remitir en un término no superior a 48 horas, la lista de elegibles de la cual deberá hacer uso el SENA en estricto orden descendente para proveer las vacantes definitivas reportadas en cargos equivalentes, así no hayan sido ofertadas inicialmente en el concurso.

Finalmente, se aclara que los empleos iguales o equivalentes que se llegaren a reportar deberán ser aquellos cuyas vacantes se hayan producido en vigencia de la lista de elegibles de la que hace parte el señor Jorge Hernán Vélez Gallego, la cual habría vencido el 14 de enero de 2021.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, actuando como juez constitucional, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

Primero: Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Quince Penal del Circuito de Medellín que negó por improcedente el amparo constitucional pretendido y, en su lugar, conceder la tutela de los derechos fundamentales al acceso a la carrera judicial para ocupar un cargo público y al debido proceso administrativo del señor *Jorge Hernán Vélez Gallego.*

Segundo: Ordenar al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, que, de no haberlo hecho, en un término no superior a ocho (8) días,

reporte a la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC, las vacantes definitivas que haya en su planta global de personal de cargos de carrera para el empleo de Instructor, Código 3010, Grado 01, así no se hayan ofrecido en la convocatoria respetiva o se trate de empleos con ubicación geográfica distinta a la elegida por el accionante. Una vez se reciba la autorización por parte de la CNSC, el SENA deberá hacer uso de la lista general de elegibles en estricto orden descendente para proveer las vacantes definitivas reportadas, teniendo en cuenta la aclaración efectuada al final de la parte motiva referente a la vigencia de la lista de elegibles.

Tercero: Ordenar al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, y a la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC, que, en un término no superior a ocho (8) días, contado a partir de la notificación de este fallo, de manera conjunta realicen el estudio de equivalencia de los cargos vacantes no convocados en todo el territorio nacional, con relación al empleo de Instructor, Código 3010, Grado 01, del área temática Mecatrónica, al que concursó el accionante y se reporte a la CNSC las vacantes definitivas y equivalentes que haya en la planta de personal del SENA para dicho cargo; una vez efectuado lo anterior, la CNSC contará con un término de quince (15) días para realizar las verificaciones y actualizaciones a que haya lugar, luego del cual deberá remitir en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas, la lista de elegibles de la cual deberá hacer uso el SENA en estricto orden descendente para proveer las vacantes definitivas reportadas en cargos equivalentes, atendiendo igualmente a lo establecido al final de la parte motiva de esta providencia en cuanto a que el reporte debe versar sobre las vacantes surgidas durante la vigencia de la lista de elegibles.

Cuarto: Del cumplimiento de estas órdenes responderá de modo personal los representantes legales de las entidades

mencionadas, de modo que, si delegan funciones al respecto, deberán estar pendientes de su debida ejecución.

Quinto: Prevenir al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela.

Sexto: Enviar el expediente, dentro del término indicado en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, a la Corte Constitucional para su eventual revisión, previa información al juez de primera instancia de este proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO

MARTHA ALEXANDRA VEGA ROBERTO
MAGISTRADA

REPÚBLICA DE COLOMBIA –RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BARANQUILLA

SALA UNO DE DECISIÓN LABORAL - SALA DE TUTELA

REF: ACCIÓN DE TUTELA (SEGUNDA INSTANCIA).
ACCIONANTE: DANIEL FELIPE GALVIS GAMBOA
ACCIONADO: DISTRITO INDUSTRIAL ESPECIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
RADICACIÓN: 08-001-31-05-011-2021-00156-01

MAGISTRADA PONENTE**: CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ.**

Barranquilla, Veintinueve (29) de junio del dos mil veintiuno (2.021).

Por la secretaría de la Sala, regístrese el presente proyecto y póngase a circular entre los Magistrados integrantes de la Sala.

CÚMPLASE

CLAUDIA MARIA FANDIÑO DE MUÑIZ
Magistrada Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA –RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BARANQUILLA

SALA UNO DE DECISIÓN LABORAL - SALA DE TUTELA

REF: ACCIÓN DE TUTELA (SEGUNDA INSTANCIA).
ACCIONANTE: DANIEL FELIPE GALVIS GAMBOA
ACCIONADO: DISTRITO INDUSTRIAL ESPECIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA y COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
RADICACIÓN: 08-001-31-05-011-2021-00156-01

MAGISTRADA PONENTE**: CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ.**

Barranquilla, veintinueve (29) de junio del dos mil veintiuno (2.021).

Procede la Sala Uno[1] de Decisión del Tribunal Superior de Barranquilla, integrada en esta ocasión por los Magistrados CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ como Ponente, JESÚS RAFAEL BALAGUERA TORNÉ y EDGAR ENRIQUE BENAVIDES GETIAL como acompañantes a resolver la impugnación interpuesta contra el fallo proferido por la Jueza Once Laboral del Circuito de Barranquilla, dentro de la acción de tutela promovida por el señor DANIEL FELIPE GALVIS GAMBOA contra el DISTRITO INDUSTRIAL, ESPECIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA y la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

Previa deliberación de los Magistrados que integran la Sala de Decisión, se aprobó mediante acta No. 327 la siguiente SENTENCIA:

1. ANTECEDENTES

[1]De conformidad a lo establecido en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA17-10666 del 25 de abril de 2.017 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, desarrollado por el Acuerdo No. 0005 del 2 de mayo de 2.017 de la Sala Laboral de este Tribunal "*por el cual se conforman las Salas de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla*".

1.1. SOLICITUD DE LA TUTELA:

El señor Daniel Felipe Galvis Gamboa actuando en nombre propio, instauró acción de tutela en contra del Distrito Industrial, Especial y Portuario de Barranquilla y la Comisión Nacional del Servicio Civil para que se le tutelen sus derechos fundamentales al trabajo, acceso a la carrera administrativa por méritos y a la igualdad, y en consecuencia, se le ordene a las accionadas que adelanten todos los trámites administrativos, presupuestales y demás necesarios para su nombramiento y posterior posesión en el cargo de Inspector de Policía Urbano Categoría Especial y Primera Categoría, Código 233, Grado 8.

1.2. HECHOS:

Los supuestos fácticos alegados por el accionante se sintetizan de la siguiente manera: Afirma que la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del Acuerdo 20181000006346 del 16 de octubre de 2018 abrió concurso de méritos para proveer cargos en vacancia definitiva de la planta de personal de la Alcaldía Distrital de Barranquilla. Participó en dicho concurso aspirando al cargo de Inspector de Policía Urbano Categoría Especial y 1ª Categoría, Código 233, Grado 8, Código OPEC No. 69995 de la Alcaldía de Barranquilla, para el cual se ofertaron ocho vacantes definitivas. Finalizada la etapa de pruebas mediante Resolución No. 8965 del 15 de septiembre de 2020 se conformó la lista de elegibles para el empleo que aspiró, con Código OPEC No. 69995 donde ocupó la posición No. 10. Dicha lista de elegibles tiene una vigencia de dos años conforme lo establece el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, estando vigente para la fecha de interposición de la presente acción constitucional. Una vez quedó en firme la Resolución, la Alcaldía Distrital de Barranquilla procedió a proveer de forma definitiva las ocho vacantes y se realizaron los nombramientos de las personas que ocuparon los puestos del primero al octavo de la lista de elegibles, no obstante, lo anterior, el señor Carlos Enrique Pardo Andrade No. 6 en la lista de elegibles, luego de solicitar prórroga para su posesión, declinó su nombramiento, como informó la Administración Distrital. Precisó que los 8 cargos sometidos a concurso ya se encontraban ocupados y 2 cargos fueron creados con ocasión al Decreto Acordal No. 0802 del 7 de diciembre de 2020 "*por medio del cual se establece*

la planta de personal de la Alcaldía del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla". Desafortunadamente como consecuencia de la inclemencia de la pandemia generada por el coronavirus fue noticia local el fallecimiento del señor Ariel Quintero Castila (Q.E.P.D), el pasado 25 de marzo de 2021 y de la señora Berlis Del Carmen Roa Escobar (Q.E.P.D) el 5 de abril de 2021, quienes se desempeñaban en carrera administrativa, como Inspectores 11 y 13 de Policía Urbano Categoría Especial y Primera Categoría Código 233, Grado 8 respectivamente, dejando dichos cargos en vacancia definitiva. En virtud del numeral cuarto del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 el 14 de diciembre de 2020 radicó una petición ante la Alcaldía Distrital de Barranquilla solicitando que se procediera a dar cumplimiento a dicha disposición y en consecuencia se realizara su nombramiento como Inspector de Policía Urbano Categoría Especial y primera Categoría Código 233, Grado 8, en atención a las dos vacantes creadas en diciembre de 2020. La solicitud le fue resuelta a través de la comunicación QUILLA-21-040829 notificado de forma electrónica el día 24 de febrero del 2021, donde se le manifestó que "*no era procedente realizar el nombramiento en periodo de prueba*" arguyendo que la Ley 1960 de 2019 se aplica a los procesos de selección conformados con posterioridad al 27 de junio de 2019 (fecha a partir de la cual empezó a regir dicha Ley), y no a los iniciados con anterioridad a dicha fecha, con lo cual el proceso de selección para el cual concursó no se cobijaría por dicha norma, por haber iniciado el 16 de octubre de 2018 y por lo tanto, solamente se utilizaría la lista de elegibles para proveer los ocho (8) cargos ofertados, en los que podrían existir novedades como la no aceptación del cargo, pero no para proveer los cargos adicionales posteriores al concurso, siendo el objeto central de la reforma introducida por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

1.3. TRÁMITE PROCESAL:

La acción de tutela fue admitida por la Jueza Once Laboral del Circuito de Barranquilla mediante auto del 12 de mayo de 2.021, dispuso oficiar a las entidades accionadas para que dentro de los dos días siguientes, contados a partir de la notificación de la providencia, se pronunciara sobre los hechos de la acción de tutela.

La accionada Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, a través de asesor jurídico Dr. Jhonatan Daniel Alejandro Sánchez Murcia, rindió el informe solicitado indicando que la presente acción carece de los requisitos constitucionales y legales necesarios para ser procedente, pues la inconformidad del accionante radica en la normatividad que rige el concurso frente a la vigencia, firmeza y el uso de las listas de elegibles , situaciones que se encuentran reglamentadas en los acuerdos del concurso, así como en los criterios proferidos por la CNSC, entre los que se encuentra el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, actos administrativos de carácter general, y en ese sentido el actor cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertirlos, pues la tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos. El accionante no demuestra la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama, sino que no existe perjuicio irremediable en relación con controvertir las normas que rigen el concurso de méritos y el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020 que regula la aplicación de la Ley 1960 de 2020 frente al uso de listas, porque para ello bien puede acudir a los mecanismos previstos en la ley.

Insistió en que no es procedente aplicar la retrospectividad de la Ley 1960 de 2019 al caso bajo estudio, en atención a que dicho fenómeno solo procede "frente a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa", situación que no se da en el sub júdice, ya que nos encontramos frente a un hecho rotundamente consolidado, pues las etapas de la Convocatoria No. 771 de 2018-Territorial Norte ya se encuentran agotadas.

A su turno la Alcaldía de Barranquilla, a través de la Dra. Lina Fernanda Otero Barrios en calidad de apoderada precisó que el actor debe demandar por medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho señalado en el 138 del CPACA los actos administrativos que hoy objeta y no puede invocar la existencia de un perjuicio irremediable debido a que no alcanzó una posición meritoria que otorgara la vinculación a la entidad como funcionario de carrera administrativa, es decir, que no alcanzó una posición en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento de conformidad con el número de vacantes ofertadas que fueron 8 y siendo que ocupó la posición

número 10, en gracia de discusión el actor debe esperar que se presente alguna novedad dentro de la lista de elegibles para eventualmente se realicen los trámites administrativos que correspondan.

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

La Jueza Once Laboral del Circuito de ésta ciudad a través de providencia calendada 24 de mayo de 2.021, negó por improcedente la acción de tutela impetrada por el accionante.

Fundamentó su decisión al estimar que de las pretensiones y de los hechos enunciados en el libelo de la acción de tutela, no se evidencia un perjuicio o daño irremediable ni tampoco un perjuicio o daño latente ni amenaza del mismo, quedando claro entonces que ante esta situación la acción de tutela no procede como mecanismo de protección excepcional o transitorio por existir un medio de control a través del cual pueda discutir con las formas propias del juicio las inconformidades que plantea frente al proceso de la convocatoria del Acuerdo 20181000006346 del 16 de octubre de 2018, especialmente lo concerniente a la aplicación de la Ley 1960 de 2019 con base en la cual el accionante reclama su nombramiento en vacantes que no fueron sometidas en la oferta pública del 2018 y respecto a los cargos en los que se encuentran funcionarios en provisionalidad y que fueron reportados a la CNSC para la nueva convocatoria que se encuentra en etapa de planeación a través de oficio QUILLA-21-054743 de fecha 8 marzo de 2021 de conformidad al cronograma establecido por la CNSC. Por lo tanto, deberá acudir al mecanismo establecido por el legislador como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, siendo competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa como Juez natural de la causa quien incluso puede suspender, a solicitud de parte, los actos administrativos que eventualmente lleguen a ser demandados, toda vez que no es el Juez constitucional el llamado a invadir la órbita ni competencia del Juez natural, ni el llamado a resolver sobre asuntos litigiosos.

1.5. IMPUGNACIÓN:

Inconforme con la anterior decisión, el accionante el 27 de mayo de 2021, impugnó el fallo de tutela, arguyendo que la existencia de una vacante definitiva exactamente igual, adicional y posterior a las sometidas a concursos, y la existencia de una lista de elegibles para proveer dicho cargo, trasciende el ámbito meramente administrativo y se torna en un asunto constitucional en razón a la prevalencia del principio del mérito como garantía de acceso a la función pública, lo cual exige una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales. La exclusión del amparo en sede de tutela lleva a un escenario en el que una vez exista decisión de lo Contencioso Administrativo, la lista de elegibles ya no estaría vigente y por lo tanto, quien accionó en sede judicial ya no podría ocupar el cargo al que tiene derecho, lo cual va en contravía del artículo 2 de la Constitución Política, al incumplir el Estado la protección del goce efectivo de los derechos de las personas y especialmente, del suscrito accionante.

Agregó que el conocido argumento de la existencia de las medidas cautelares en sede contencioso administrativa es rebatido, al establecerse con meridiana claridad que en los casos de prevalencia del mérito, no se trata de una simple confrontación de un acto administrativo con las normas invocadas como vulneradas como lo exige la Ley y la Jurisprudencia del Consejo de Estado como procedencia de las medidas cautelares(que haría improcedente de plano la medida cautelar), sino que se trata de una controversia en la que se solicita darle aplicación directa al criterio de mérito que introduce la Constitución. De igual manera, la discusión planteada no permite una medida conservativa en tanto que se busca precisamente proteger un derecho que ha sido objeto de negativa por parte de la administración, ni una medida anticipativa, en tanto que ello es el objeto de fondo de la discusión.

Mediante auto del 27 de mayo de 2.021, le concedió la impugnación del fallo de tutela interpuesta, ordenando remitir el presente proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

La Alcaldía de Barranquilla presentó oposición a la impugnación del accionante indicando que el actor con su escrito de impugnación pretende inducir en error al Juez de segunda instancia, debido a que el mismo señala que las

entidades Distrito de Barranquilla – Secretaría de Gestión Humana y la Comisión Nacional del Servicio Civil se encuentran vulnerando sus derechos fundamentales, indicando que el D.E.I.P de Barranquilla es respetuoso de los derechos de sus administrados y en gracia de discusión la entidad solo ejecuta lo indicado por la CNSC quien señala los lineamientos respecto al concurso objeto de la referencia. La Ley 1960 de 2019 es posterior a la fecha de la contratación – lineamientos establecidos, en la convocatoria objeto de la presente acción de tutela. Las vacantes que se encontraban ya fueron reportadas a la comisión nacional del servicio civil para la gestión, contratación y ejecución de la nueva oferta que va a realizar el distrito de barranquilla. No se puede desconocer que para la convocatoria 758 territorial -norte no aplican las modificaciones relacionadas con la Ley 1960 de 2019, toda vez que esta norma fue publicada posterior a la etapa de planeación, organización y ejecución de la dicha convocatoria. No se puede aplicar la retroactividad de la norma pues por regla general la vigencia de las leyes se deriva a partir de su publicación, es decir, hacia futuro. Así las cosas, esta convocatoria en pro de salvaguardar el debido proceso de los participantes de esta no se pueden cambiar los lineamientos concertados y aprobados por la CNSC quien es la encargada de dar las directrices en miras de proteger el mérito. Finalmente, en relación con la aplicación de la Ley 1960 de 2019 fue estudiado por la CNSCN quien en criterio unificado dejó sentado que rige a partir la publicación hacia futuro no de manera retrospectiva.

1.6. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA:

La acción de tutela fue repartida y asignada a esta Sala[2], la que mediante auto del 21 de junio de 2.021, admitió la impugnación y dispuso notificar a las partes y a la vinculada.

2. CONSIDERACIONES

2.1 COMPETENCIA.

[2] Expediente enviado por la secretaria de la Sala Laboral al correo institucional el 17 de junio de 2021.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 37 del Decreto 2591 de 1.991, el Decreto 1382 de 2000, y el Decreto 1983 del 30 de noviembre de 2.017[3] esta Sala es competente a prevención de conocer y decidir respecto del derecho invocado, por cuanto los hechos que motivan la acción tienen ocurrencia dentro del ámbito donde esta Corporación ejerce su jurisdicción y es un fallo de primera instancia de una tutela cuyo conocimiento está asignado a los Jueces del Circuito.

2.2. LA TUTELA.

La Constitución Política en su artículo 86 establece que la acción de tutela es un mecanismo de protección de los derechos constitucionales fundamentales, que tiene la característica de ser subsidiario y residual, o sea, que solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe estar debidamente acreditado en el proceso.

Para que un derecho sea tutelado debe tener el rango de constitucional y gozar de la calidad de ser fundamental. Por derecho fundamental debe entenderse aquel que es inherente a la naturaleza y dignidad humana.

2.3 Procedencia excepcional de la acción de tutela en los concursos de méritos – violación del debido proceso por desconocimiento de las reglas del concurso.

La excepcionalidad de la acción de tutela como medio judicial idóneo para lograr controvertir las actuaciones administrativas en los concursos de mérito, tiene como premisa de partida la improcedencia prima facie de este medio para dicho fin por la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. No obstante, el anterior criterio no es absoluto por cuanto aunque los actos de la administración gozan de la presunción de legalidad no es menos cierto que en ocasiones sus disposiciones se traducen en una vía de hecho cuando la administración desconoce las normas del concurso faltando no sólo al principio de imparcialidad que debe imperar en la función administrativa sino también a

---

[3] *"Por medio del cual se modificó el Decreto 1069 de 2.015, que a su vez compiló el Decreto 1382 de 2.000."*

los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y trabajo de quienes han concursado de buena fe, por lo que se entiende que en estos casos se torna procedente la citada acción constitucional.

Así mismo, resulta procedente la acción de amparo cuando la cuestión debatida es eminentemente constitucional o porque la persona afectada no está legitimada para impugnar los actos administrativos que afectan sus derechos y también cuando se configura el perjuicio irremediable.

Sobre el particular, ha dicho la Corte Constitucional:

*"**Si bien en varias ocasiones la Corte ha considerado que procede la tutela frente a actuaciones administrativas en materia de concursos de mérito**, esta misma Corporación ha encontrado que en algunos casos, a pesar de la presunta existencia de vulneración al debido proceso, no debe ser procedente la tutela por su naturaleza subsidiaria y la existencia de otros mecanismos de protección judicial para el caso en estudio. Al respecto de la no procedencia de la tutela para proteger el debido proceso administrativo la Corte dijo:*

*"La Corte ha indicado que, **en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene un mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción**. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional."*
Como se puede observar en la jurisprudencia anteriormente citada, en caso de existir mecanismos de protección judicial del derecho invocado, se necesita de la posibilidad de configuración de un perjuicio irremediable para que el juez de tutela entre a conocer de manera transitoria de asuntos que en principio le corresponden al juez contencioso administrativo, ya que de acudirse a la vía ordinaria este mecanismo judicial no sería eficaz para evitar la realización de tal perjuicio." (Negrilla y subrayado fuera de texto) <C.Const. *Sentencia T-1198 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra>.*

De igual manera, en sentencia posterior en donde la accionada era la Comisión Nacional del Servicio Civil dentro un concurso para provisión de cargos de docentes y directivos docentes del servicio educativo estatal, esgrimió:

"Es importante destacar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 en concordancia con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 1227 de 2005, la convocatoria es norma reguladora de todo concurso y a ella quedan obligados tanto la CNSC, como la entidad que convoca el concurso y todos los participantes.

En sentencia T- 256 de 1995, la Corte Constitucional señaló claramente la necesidad de respetar las bases del concurso:

> *"… **Al señalarse por la administración las bases del concurso, estas se convierten en reglas particulares obligatorias tanto para los participantes como para aquélla; es decir, que a través de dichas reglas la administración se autovincula y autocontrola**, en el sentido de que 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, **de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección. Por consiguiente, cuando la administración se aparta o desconoce las reglas del concurso o rompe la imparcialidad con la cual debe actuar, o manipula los resultados del concurso, falta a la buena fe (art. 83 C.P.), incurre en violación de los principios que rigen la actividad administrativa (igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad), y por contera, puede violar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de quienes participaron en el concurso y resultan lesionados en sus intereses por el proceder irregular de aquélla**."*

*De conformidad con la anterior jurisprudencia que ha sido reiterada en varias oportunidades por esta Corporación, **una vez definidas las reglas del concurso, las mismas deben aplicarse de manera rigurosa, para evitar arbitrariedades o subjetivismos que alteren la igualdad o que vayan en contravía de los procedimientos que de manera general se han fijado en orden a satisfacer los objetivos del concurso. De este modo, el concurso se desenvuelve como un trámite estrictamente reglado, que impone precisos límites a las autoridades encargadas de su administración y ciertas cargas a los participantes**". (Negrilla y subrayado fuera de texto) <C. Const. Sentencia T-588/08, M.P. Humberto Sierra Porto>.*

Y en sentencia T-045 de 2011[4] de 4 de febrero de 2011, reiteró:

"1. El numeral 5 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela no procede cuando se trata de actos de carácter general, impersonal y abstracto. En ese sentido, la Corte ha indicado que la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos[5]. Lo anterior se debe a que dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, quien pretenda controvertir el contenido de un acto administrativo, debe acudir a las acciones que para tales fines existe en la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, esta Corporación también ha señalado que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes señalada: [6](i) cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran[7] o porque la cuestión debatida

---

[4] M.P. Dra. María Victoria Calle Correa

[5] *Ver la sentencia T-315 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En esta oportunidad la Corte, luego de examinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo judicial transitorio, encontró que no era posible inscribir al actor en la carrera judicial por cuanto el proceso de selección utilizado en su caso no constituía un concurso de méritos como el ordenado por la Ley 270 de 1996. En el mismos sentido ver las sentencias SU-458 de 1993 (M.P. Jorge Arango Mejía) y T-1998 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).*

[6] *T-600 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).*

[7] *Ver, por ejemplo, la sentencia T-046 de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo). La Corte analizó en esta decisión el caso de una empresa industrial y comercial del Estado, cuyos empleados son trabajadores oficiales, y a pesar de no estar obligada a hacerlo, realiza un concurso de méritos para proveer un cargo. El actor obtiene el primer lugar entre los participantes y es nombrado provisionalmente en el cargo, mediante contratos temporales. Posteriormente, se le informó que no había partida presupuestal para su nombramiento y, finalmente, en su lugar se nombró a otra persona que no había participado en el concurso. La Sala encontró que las acciones contencioso administrativas no eran idóneas para proteger los derechos del actor y procedió a tutelar sus derechos por considerar que la administración había desconocido el principio de buena fe, al iniciar un procedimiento de concurso y posteriormente, no haber proveído el cargo de conformidad con sus resultados.*

es eminentemente constitucional[8] *y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.* [9]

3.2. En el caso concreto, la Sala considera que la tutela procede para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez (i) que el proceso de selección para ocupar el cargo de dragoneante del INPEC se encuentra en desarrollo, es decir, se necesita una acción de protección inmediata; y (ii) no existe otro mecanismo más eficaz que la acción de tutela para evitar la vulneración de sus derechos en juego, primero, porque el peticionario ya agotó los recursos de reclamación ante la entidad accionada, y segundo, porque como bien lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, la vía contencioso administrativa no es el mecanismo idóneo para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en concursos de méritos".

2.4 DEL CASO CONCRETO.

Se centra la inconformidad del proponente en que se inscribió en la Convocatoria No. 758 de 2018 – Convocatoria Territorial Norte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, al cargo de Inspector De Policía Urbano Categoría Especial Y 1ª Categoría, Código 233, Grado 8, identificado con el Código OPEC No. 69995 perteneciente a la Alcaldía de Barranquilla. Seguidamente, la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Resolución No. 8965 del 19 de septiembre de 2020, conformó lista de elegibles para proveer ocho (8) vacantes del empleo OPEC N° 6995 al cargo Inspector De Policía Urbano Categoría Especial Y 1ª Categoría, Código 233, Grado 8, en el cual el actor ocupó el décimo lugar.

En fecha posterior, a la fecha de iniciación de concurso se expidió el Decreto Acordal No. 0802 del 7 de diciembre de 2020, en el cual se crearon 30 nuevas vacantes para el cargo Inspector de Policía Urbano, esto es, el cargo al cual el accionante está aspirando.

Precisado lo anterior, y en relación con la procedibilidad de la acción de tutela para controvertir el acto administrativo particular, la Sala estima que en principio el accionante podía acudir a la acción de nulidad y restablecimiento

---

[8] Ver por ejemplo las sentencia T-100 de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-256 de 1995 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), T-325 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-455 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-459 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), T-083 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y SU-133 de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

[9] Sentencia: T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa): según esta sentencia el perjuicio irremediable se caracteriza i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.

del derecho para controvertir el acto particular y concreto, sin embargo, este mecanismo no tiene la virtualidad de ofrecer la misma protección que se lograría a través de la presente acción de tutela, en tanto, al estar la convocatoria en una fase avanzada (conformación de lista de elegibles, nombramiento y posesión de los ocho primeros en lista), se corre el riesgo de que al momento de presentar la demanda de nulidad y restablecimiento ya se haya podido consumar la vulneración de los derechos fundamentales del accionante.

Aunado a lo anterior, se puede estudiar el caso de fondo toda vez que, aún se encuentra vigente la lista de elegibles, al haber sido expedida el 15 de septiembre de 2020.

Así mismo, se cumple con el presupuesto de inmediatez por cuanto el hecho considerado como vulnerador de los derechos del accionante, se mantiene vigente ante la negativa de las aquí accionadas de utilizar la lista de elegibles donde se encuentra el señor Daniel Felipe Galvis Gamboa, para proveer los cargos vacantes en la Alcaldía de Barranquilla.

Superados los requisitos de procedibilidad, encuentra esta Corporación que la Constitución Política estableció en su artículo 125, que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, o en palabras más claras que, la carrera administrativa es el medio, o el mecanismo, por medio del cual una persona podría acceder a cargos públicos en los órganos y entidades del Estado. Esto, con el propósito de garantizar condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro de los empleos públicos, respondiendo a criterios de objetividad, y de reglas establecidas que desligan la voluntad de un nominador dentro del trámite. Así, el derecho que adquieren aquellas personas que hayan superado en forma satisfactoria todas las etapas del procedimiento para acceder a un empleo público, es exigible ante la administración, como ante aquellos que se encuentren desempeñando el cargo de manera provisional.

Además, por la pertinencia con el tema tratado, impera recordar la Ley 1960 de 2019, disposición normativa que en su artículo 6°, modificó el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en los siguientes términos:

"*Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad".*

La Comisión Nacional del Servicio Civil el 16 de enero de 2020, expidió el criterio unificado, respecto del "Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019", expresando que:

En virtud de los apartes jurisprudenciales en cita y teniendo en cuenta que el concurso está integrado por diferentes actos administrativos iniciando con el de convocatoria al proceso de selección y culminando con el de evaluación del periodo de prueba, se concluye que las convocatorias para proveer vacantes definitivas de empleos de carrera, iniciadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, deberán agotar el procedimiento conforme a las reglas previamente establecidas en la convocatoria y en las normas que le sirvieron de sustento, con el fin de garantizar seguridad jurídica a las entidades y a los aspirantes. Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así coma aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria. De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC-de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un numero de OPEC".

Ahora bien, respecto a la aplicabilidad de la Ley 1960 de 2019, ya se pronunció la H. Corte Constitucional en la sentencia de tutela T-340 de 21 de agosto de 2020, donde puntualizó:

"En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente."

Postura reiterada en la reciente sentencia T-081 de 2021 al acotar que:

> *"En suma, (i) el principio del mérito es el que garantiza la excelencia y profesionalización en la prestación del servicio público, para que responda y permita materializar los fines del Estado; (ii) la concreción de esta garantía constitucional se da a través de la provisión de los cargos de carrera administrativa por medio de procesos de selección o concursos públicos que son administrados, generalmente, por la CNSC; (iii) en el marco de estos concursos se profieren unos actos administrativos denominados listas de elegibles, en las cuales se consignan en estricto orden de mérito los nombres de las personas que superaron las pruebas del proceso, con miras a ser nombrados en las vacantes ofertadas, en principio, estas solo podían ser utilizadas para proveer las vacantes definitivas que se abrieran en los empleos inicialmente convocados; (iv) no cabe alegar que existe un derecho adquirido, en la medida en que para que ello confluya se requiere acreditar que (a) la persona participó en un concurso de méritos; (b) que el nombre fue incluido en la lista de elegibles y (c) que existe una vacante definitiva para ser designado, por lo que los demás participantes tan solo tendrán una expectativa; (**v) en el marco de la Ley 1960 de 2019 es posible extender una lista de elegibles vigente para proveer cargos equivalentes, esto es, que corresponda a la denominación, grado, código y asignación básica del inicialmente ofertado."** <Negrita y subraya de la Sala>*

En el presente caso estudiado, tenemos que el actor superó el concurso de méritos diseñado de acuerdo a las necesidades del servicio de la Alcaldía de Barranquilla, ocupando actualmente el primer lugar, atendiendo que quien ocupó el puesto 6 renunció al cargo y se diera el ingreso de los aspirantes con mayor puntaje en las ocho vacantes ofertadas en la convocatoria inicial, por lo que las accionadas tienen el deber de acudir al personal que se encuentra capacitado y evaluado satisfactoriamente frente al cumplimiento de las funciones propias del cargo, máxime cuando omitir ese presupuesto seria contrario a lo estipulado en el artículo 125 C.N., sobre el

derecho de carrera. De igual forma, en el presente caso le resulta aplicable la directriz jurisprudencial sentada en el precedente constitucional contenido en la citada sentencia T-340 de 2020, sobre la aplicabilidad de lo consagrado en la Ley 1960 de 2020, de manera retrospectiva. La cual se debe interpretar, como una protección al mérito como principio fundante del Estado de Derecho, al incentivar que el acceso al servicio público se dé por el sistema de carrera y no a un mecanismo de ingreso arbitrario, que sea contrario a los principios de igualdad e imparcialidad, facilitando que la afiliación de los empleados al servicio de la Alcaldía de Barranquilla, se dé con observancia a los factores de valoración que han sido proscritos incluso en la Constitución, esto es, que solamente se puedan nombrar personas que hayan superado todas las etapas del concurso, respetando el orden de méritos de la lista. De igual forma, es necesario resaltar que en el caso subexamine la lista de elegibles tan sólo tiene una vigencia de dos años, habiendo transcurrido diez meses desde su publicación, por lo que de no proceder a la revisión de fondo del caso que nos ocupa, se estaría promoviendo la vulneración a los derechos reclamados por la accionante, puesto que, de acudir a la Jurisdicción Contencioso administrativa al momento de proferirse una decisión definitiva, ya la lista de elegibles no estaría vigente, por lo que solo se podría garantizar una compensación económica y no la ocupación del cargo al cual está aspirando.

Aunado a ello, dado que los aspirantes que figuran en una lista de elegibles tienen un derecho subjetivo, es decir, cuentan con una mera expectativa, salvo aquellos que ocupan el primer lugar, quienes tienen un derecho adquirido, encuentra esta Colegiatura que en el caso concreto es dable aplicar retrospectivamente la Ley 1960 de 2020, puesto que su situación no se encuentra consolidada en la Convocatoria No. 758 de 2018.

Así las cosas, esta Colegiatura procederá a conceder parcialmente el amparo deprecado como se explicó en precedencia y por consiguiente se revocará la sentencia impugnada para en su lugar, conceder la protección a los derechos fundamentales al trabajo, acceso a la carrera administrativa por méritos y a la igualdad, que le han sido vulnerados al actor por las accionadas.

En mérito de lo expuesto, La Sala Uno de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintiuno (2021), proferida por la Jueza Once Laboral del Circuito de Barranquilla, y en su lugar, se dispone tutelar los derechos fundamentales al trabajo, acceso a la carrera administrativa por méritos y a la igualdad, ordenando a Alcaldía de Barranquilla que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes de notificada esta decisión reporte en el aplicativo SIMO las vacantes definitivas del cargo de Inspector De Policía Urbano creado mediante el Decreto Acordal No. 0802 del 7 de diciembre de 2020 con el fin de que quienes conformen la lista de elegible opten. Asimismo, se ordenará a la Comisión Nacional del Servicio Civil, que respecto sus competencias autorice a la Alcaldía de Barranquilla la utilización de la lista de elegibles dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de este proveído, para que este proceda a realizar el nombramiento del señor Daniel Felipe Galvis Gamboa, de ser procedente.

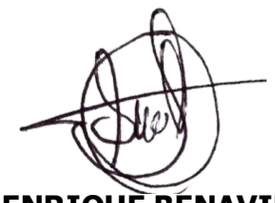
SEGUNDO: Notificar esta providencia a las partes, por el medio más expedito con que cuente el Tribunal, conforme a lo dispuesto en los artículos 10, 30 y 32 del Decreto 2591 de 1991 y 5° del Decreto 306 de 1992.

TERCERO: Remitir para su eventual revisión el expediente a la Corte Constitucional dentro de los términos indicados

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ
Magistrada Ponente
08001310501120210015601

JESÚS RAFAEL BALAGUERA TORNÉ
Magistrado
(Con salvamento de voto)



EDGAR ENRIQUE BENAVIDES GETIAL
Magistrado.-

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL

JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI
PALACIO DE JUSTICIA PEDRO ELIAS SERRANO ABADIA
Santiago de Cali – Valle

Santiago de Cali, 24 de Junio de 2021 Oficio No. 304

Señores
COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

REF : ACCIÓN DE TUTELA
ACCTE: GUILLERMO CORDOBA GARCIA
ACCDO : COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y GOBERNACION DEL VALLE

Por medio de la presente me permito notificarle el fallo de tutela proferido por este despacho, en la tutela de la referencia, en el que decidió:

*"**PRIMERO: TUTELAR** el derecho fundamental de PETICION**,** del señor **GUILLERMO CORDOBA GARCIA** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: ORDENAR** a **LA GOBERNACION DEL VALLE,** que dentro de las Cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, remita a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, copia de los Actos Administrativos proferidos, esto es nombramiento en período de prueba, Acta de posesión, renuncia y/o derogatoria, de las personas que ocuparon los 7 primeros puestos de la lista de elegibles perteneciente al empleo identificado con el Código OPEC **Nro. 56216** y una vez tenga la autorización por parte de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y si es viable, proceda al nombramiento del accionante, en el cargo para el cual concurso. **TERCERO: ORDENAR a la COMISION NACIONAL DE SERVCIO CIVIL,** que una vez allegada la documentación requerida y si es procedente, realice la autorización de uso de la lista para el señor **GUILLERMO CORDOBA** elegible que ocupo la posición ocho (8) en el empleo identificado con el código **OPEC N. 56216 CUARTO: NOTIFÍQUESE** esta providencia en la forma ordenada por el Art. 30 del Decreto 2591 de 1.991. **QUINTO:** Si no fuere impugnado este fallo, **remítase** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. Fdo..La Juez **MARITZA LUNA CANDELO**."*

Cordialmente,

LIGIA AMELIA VÁSQUEZ CEBALLOS
SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL

JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI
PALACIO DE JUSTICIA PEDRO ELIAS SERRANO ABADIA
Santiago de Cali – Valle

Santiago de Cali, 24 de Junio de 2021 Oficio No. 305

Señores
GOBERNACION DEL VALLE

REF : ACCIÓN DE TUTELA
ACCTE: GUILLERMO CORDOBA GARCIA
ACCDO : COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y GOBERNACION DEL VALLE

Por medio de la presente me permito notificarle el fallo de tutela proferido por este despacho, en la tutela de la referencia, en el que decidió:

*"**PRIMERO: TUTELAR** el derecho fundamental de PETICION**,** del señor **GUILLERMO CORDOBA GARCIA** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: ORDENAR** a **LA GOBERNACION DEL VALLE,** que dentro de las Cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, remita a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, copia de los Actos Administrativos proferidos, esto es nombramiento en período de prueba, Acta de posesión, renuncia y/o derogatoria, de las personas que ocuparon los 7 primeros puestos de la lista de elegibles perteneciente al empleo identificado con el Código OPEC **Nro. 56216** y una vez tenga la autorización por parte de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y si es viable, proceda al nombramiento del accionante, en el cargo para el cual concurso. **TERCERO: ORDENAR a la COMISION NACIONAL DE SERVCIO CIVIL,** que una vez allegada la documentación requerida y si es procedente, realice la autorización de uso de la lista para el señor **GUILLERMO CORDOBA** elegible que ocupo la posición ocho (8) en el empleo identificado con el código **OPEC N. 56216 CUARTO: NOTIFÍQUESE** esta providencia en la forma ordenada por el Art. 30 del Decreto 2591 de 1.991. **QUINTO:** Si no fuere impugnado este fallo, **remítase** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. Fdo..La Juez **MARITZA LUNA CANDELO**."*

Cordialmente,

LIGIA AMELIA VÁSQUEZ CEBALLOS
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL

JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI
PALACIO DE JUSTICIA PEDRO ELIAS SERRANO ABADIA
Santiago de Cali – Valle

Santiago de Cali, 24 de Junio de 2021 Oficio No. 306

Señor
GUILLERMO CORDOBA GARCIA

REF : ACCIÓN DE TUTELA
ACCTE: GUILLERMO CORDOBA GARCIA
ACCDO : COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y GOBERNACION DEL VALLE

Por medio de la presente me permito notificarle el fallo de tutela proferido por este despacho, en la tutela de la referencia, en el que decidió:

*"**PRIMERO: TUTELAR** el derecho fundamental de PETICION**,** del señor **GUILLERMO CORDOBA GARCIA** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: ORDENAR** a **LA GOBERNACION DEL VALLE,** que dentro de las Cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, remita a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, copia de los Actos Administrativos proferidos, esto es nombramiento en período de prueba, Acta de posesión, renuncia y/o derogatoria, de las personas que ocuparon los 7 primeros puestos de la lista de elegibles perteneciente al empleo identificado con el Código OPEC **Nro. 56216** y una vez tenga la autorización por parte de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y si es viable, proceda al nombramiento del accionante, en el cargo para el cual concurso. **TERCERO: ORDENAR a la COMISION NACIONAL DE SERVCIO CIVIL,** que una vez allegada la documentación requerida y si es procedente, realice la autorización de uso de la lista para el señor **GUILLERMO CORDOBA** elegible que ocupo la posición ocho (8) en el empleo identificado con el código **OPEC N. 56216 CUARTO: NOTIFÍQUESE** esta providencia en la forma ordenada por el Art. 30 del Decreto 2591 de 1.991. **QUINTO:** Si no fuere impugnado este fallo, **remítase** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. Fdo..La Juez **MARITZA LUNA CANDELO**."*

Cordialmente,

LIGIA AMELIA VÁSQUEZ CEBALLOS
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

Bucaramanga, catorce (14) de julio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

RADICADO:	680013333011-**2021-00091-01.**
ACCIÓN:	TUTELA.
ACCIONANTE:	GLORIA INÉS OSPINA DELGADO.
ACCIONADO:	MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA.
VINCULADOS:	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, MIEMBROS LISTA ELEGIBLES OPEC 61166 Y FUNCIONARIOS DEL MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA CON EMPLEO SECRETARIO, CÓDIGO 440, GRADO 5.
NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS:	**Accionante:** gloriainesospina@hotmail.com **Accionado:** notificaciones@floridablanca.gov.co **Vinculado:** notificacionesjudiciales@cnsc.gov.co
SENTENCIA No:	066
DERECHOS FUNDAMENTALES	DEBIDO PROCESO, TRABAJO, SALUD Y ACCESO POR MÉRITOS A LA CARRERA ADMINISTRATIVA.
MAGISTRADA PONENTE	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala a decidir la impugnación interpuesta por la accionante, contra la sentencia de fecha treinta (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021), proferida por el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA.**

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

La señora Gloria Inés Ospina Delgado se inscribió al Proceso de Selección No. 461 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en adelante CNSC, en el empleo de Secretario, Código 440, Grado 5, OPEC 61166, para proveer cargos en la planta de personal del Municipio de Floridablanca.

Una vez agotadas las etapas del proceso de selección, la CNSC expidió Resolución No. 5150 del 3 de abril de 2020 mediante la cual conformó la lista de elegibles para proveer una (1) vacante definitiva en el cargo de Secretario, Código 440, Grado 5, OPEC 61166, ocupando la accionante el tercer lugar con 79.24 puntos, y por recomposición de listas el segundo puesto en la actualidad.

El 12 de febrero de 2021 y el 24 de marzo del mismo año, la señora Gloria Inés Ospina Delgado elevó peticiones ante la CNSC, en las que solicitó: **i)** el uso de lista de elegibles para el Proceso de Selección No. 461 de 2017, con fundamento en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 e, **ii)** información de los cargos actualizados y reportados de Secretario, Código 440, Grado 5 del Municipio de Floridablanca.

Frente a las anteriores peticiones, la CNSC con fecha 14 de mayo de 2021 emite oficio de respuesta No. 202110250648461 en el que informa a la accionante que el Municipio de Floridablanca allegó copia del acto administrativo de nombramiento y posesión en periodo de prueba del elegible que ocupó posición meritoria, razón por la cual la vacante ofertada se encuentra provista. Así mismo, el reporte de vacantes adicionales corresponde al ente territorial una vez se generen, por lo que debe esperar disponibilidad hasta la vigencia de lista, esto es, el 18 de mayo de 2022.

El 22 de febrero de 2021 la accionante elevó petición ante el Municipio de Floridablanca, solicitando el uso de lista de elegibles en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, la cual es resuelta de manera negativa a través de Oficio No. 0196 del 23 de marzo de 2021, bajo el argumento de no existir vacante definitiva para el cargo solicitado.

Ante la respuesta otorgada por el ente territorial, con fecha 24 de marzo de 2021, la accionante presentó nuevo derecho de petición en el que solicitó al Municipio de Floridablanca, el reporte actualizado de cargos vacantes de Secretario, Código 440, Grado 5, sin embargo, a la fecha sigue sin recibir respuesta.

La decisión adoptada tanto por la CNSC como por el Municipio de Floridablanca, de negar el acceso a la carrera administrativa le está generando a la accionante un perjuicio irremediable en lo moral y económico, en tanto es la persona que responde por los gastos mínimos de subsistencia de su núcleo familiar, además desconoce decisiones que sobre la materia han sido adoptadas en diversos Tribunales y Juzgados del país.

2. Pretensiones.

Ordenar a la CNSC y al Municipio de Floridablanca realicen los trámites administrativos que correspondan, para dar aplicación a los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, esto es, autorizar el uso de la lista de elegibles conformada en la Resolución No. 5150 del 3 de abril de 2021, respecto del cargo de Secretario, Código 440, Grado 5, OPEC 61166 o un cargo equivalente de empleos declarados desiertos, vacantes, cubiertos en provisionalidad o por encargo de la planta de personal del Municipio de Floridablanca.

Para lo anterior, solicita se disponga la inaplicación del criterio unificado de la CNSC de fecha 16 de enero de 2020.

II. TRÁMITE PROCESAL

A la presente acción se le dio el trámite preferencial contemplado en el Decreto 2591 de 1991, corriendo traslado de la solicitud de amparo y de sus anexos a la entidad accionada y vinculados, quienes concurrieron así:

1. Municipio de Floridablanca.

Manifiesta oposición a las pretensiones de la tutela, puesto que desconocen las reglas del Acuerdo No. CNSC 2017000001156 del 22 de diciembre de 2017, así como el artículo 29 de la Ley 909 de 2004, en lo relacionado con el principio de ultraactividad de la Ley, en tanto la accionante pretende aplicar un criterio normativo que surgió de manera posterior a la convocatoria del Proceso de Selección No. 461 de 2017, lo cual resulta contrario a derecho. Consideran que el legislador al expedir la Ley 1960 de 2019, dispuso que regiría a partir de su publicación -27 de junio de 2019-.

Aunado a lo anterior, en comunicado de respuesta al derecho de petición con radicado No. 0988-2021, se informó a la accionante que el Municipio de

Floridablanca no reporta vacantes adicionales que cumplan con el criterio del mismo empleo y, de presentarse alguna se procederá con el uso de la lista de elegibles para proveer la vacante definitiva.

En el caso de la señora Gloria Inés Ospina Delgado, quien no alcanzó el puntaje requerido para ocupar posición de mérito en la lista de elegibles para el cargo con OPEC No. 6116, debe esperar la ocurrencia de uno de los supuestos previstos en el artículo 8 del Acuerdo No. 165 de 2020, es decir que: **i)** el elegible nombrado no acepte el nombramiento, no se posesione en el cargo o no supere el periodo de prueba; **ii)** se genere la vacancia definitiva provisto mediante lista de elegibles, con ocasión a una causal de retiro consagrada la Ley 909 de 2004; y **iii)** se generen vacantes del mismo o empleo de cargos equivalentes de la entidad. Supuestos que en el Municipio de Floridablanca no han ocurrido.

Finalmente, los efectos inter partes de las sentencias de tutela no constituyen un precedente jurisprudencial vinculante, y por tal motivo el ente territorial no está en la obligación de aplicarlo en casos similares, de ahí que, en casos como el particular donde no se evidencia vulneración a los derechos invocados o desconocimiento a las normas que regulan la materia, debe denegarse el amparo solicitado.

2. Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC.

En primera medida solicita se declare improcedente la acción constitucional, atendiendo a que la accionante cuenta con mecanismos judiciales ordinarios para pretender el derecho reclamado, concretamente, puede acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, donde podrá controvertir la legalidad de los actos administrativos con los que no se encuentra de acuerdo.

Así mismo, en el caso de la señora Gloria Inés Ospina Delgado, no se acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable que amerite la intervención excepcional del Juez Constitucional, pues con el escrito de tutela no se demostró la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo reclamado.

Con relación a la vacante reclamada por la accionante, consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles se evidenció que, a la fecha el Municipio de Floridablanca no ha reportado movilidad de lista, es decir, no se ha reportado novedad en la lista de la que hace parte la señora Gloria Inés Ospina Delgado, bien sea por acto administrativo que disponga derogatoria o revocatoria del

nombramiento, o por acto administrativo de vacancia definitiva. Por tanto, la vacante ofertada se encuentra provista.

Finalmente, en cuanto al uso de la lista de elegibles, hasta tanto no obre solicitud de autorización por parte del Municipio de Floridablanca, no resulta razonable su uso, y por tal, ante la vigencia de la lista de la accionante está sujeta al reporte que sobre vacantes adicionales realice el ente territorial.

3. **Vinculados miembros lista de elegibles Procesos de Selección No. 461 de 2017 – Santander, y funcionarios del Municipio de Floridablanca con empleo Secretario, Código 440, Grado 5, OPEC 61166.**

Pese a ser notificados por el A-quo, no concurrieron a la actuación.

III. SENTENCIA IMPUGNADA

La A-quo declara improcedente la acción de tutela, por cuanto la señora Gloria Inés Ospina Delgado cuenta con un medio judicial ordinario que le resulta idóneo, para resolver las controversias planteadas en el escrito de tutela, pudiendo incluso solicitar las medidas cautelares que considere pertinentes.

En ese sentido, para la señora Juez en el caso concreto no se cumple con el requisito de la subsidiariedad, pues además de contar la accionante con un medio eficaz ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativo, tampoco logró demostrar con la documentación allegada al informativo, la ocurrencia de un perjuicio irremediable que ponga en peligro un derecho fundamental, de cara a desplazar de manera excepcional la competencia del Juez natural.

IV. IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión, la accionante solicita se revoque la decisión de primera instancia, por las siguientes consideraciones:

1. La A-quo no tuvo en cuenta el principio de congruencia de las sentencias, según el cual no es posible dictar fallo sin antes pronunciarse acerca de la totalidad de las pretensiones de la demanda, caso contrario se deben explicar las razones por las que omite el pronunciamiento, de ahí que, en el caso concreto la sentencia de primera instancia omite pronunciarse sobre la

pretensión encaminada a la inaplicación del criterio unificado del 16 de enero de 2020.

2. Con relación a la procedencia de la acción de amparo, la A-quo se equivoca al no tener en cuenta de forma integral los hechos de la tutela, en la que manifestó la ocurrencia de un perjuicio irremediable en lo moral y económico, como consecuencia de la negativa de las entidades accionadas al derecho de acceso a la carrera administrativa. Además, la H. Corte Constitucional ha precisado que, la acción de tutela es procedente por vía de excepción para cuestionar actos administrativos en desarrollo de un concurso de méritos, cuando tenga un impacto respecto de derechos, principios o garantías constitucionales, como ocurre en el particular con las políticas de provisión de empleos de la CNSC y el Municipio de Floridablanca.

3. Trae un recuento normativo y jurisprudencial, con relación a la inaplicación del criterio unificado para la provisión de empleos, que deben ser considerados para disponer el amparo solicitado, entre ellas, la Sentencia T-340 del 21 de agosto de 2020 de la H. Corte Constitucional, que respalda el principio de retrospectividad de la Ley.

4. El 22 de enero de 2021, fue expedido el Acuerdo No. 0013 de la CNSC, aplicable al caso concreto, el cual habilita el uso de lista de elegibles para vacantes de empleos equivalentes de la misma entidad, incluso de los no convocados que surjan de manera posterior a la convocatoria, en concordancia con lo previsto en el Decreto 498 del 30 de marzo de 2020.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

Conforme 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.

2. Legitimación en la causa por activa.

Según el artículo 86 de la Constitución, toda persona, puede presentar acción de tutela para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados.

Respecto de la legitimidad para el ejercicio de la acción de tutela, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, esta puede ser ejercida: **i)** en nombre propio; **ii)** a través de un representante legal; **iii)** por medio de apoderado judicial, o **iv)** mediante un agente oficioso.

En el caso concreto se acredita dicho requisito, por cuanto la señora Gloria Inés Ospina Delgado es la titular del derecho de acceso a la carrera administrativa, que presuntamente se vio afectado ante la negativa de las entidades accionadas de hacer uso de la lista de elegibles de la que hace parte.

3. **Legitimación en la causa por pasiva.**

La legitimación por pasiva en sede de tutela se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción y quien está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cuando esta resulte demostrada.

En primer lugar, se acredita el requisito de legitimación en la CNSC, al ser la entidad que tuvo a su cargo el desarrollo hasta su finalización el Proceso de Selección No. 461 de 2017 y quien eventualmente debe autorizar el uso de la lista de elegibles de la que hace parte la accionante.

El Municipio de Floridablanca se encuentra legitimado, al ser la entidad a la que concurso la accionante, y a la que corresponde reportar vacantes definitivas a la CNSC para la autorización de lista de elegibles.

4. **Inmediatez.**

Este requisito de procedibilidad impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable respecto de la acción u omisión que causa la afectación de sus derechos fundamentales[1]. Por lo anterior, el juez de tutela no podrá conocer de un asunto, y menos aún conceder la protección de los derechos fundamentales señalados como afectados, cuando la solicitud se haga de manera tardía.

Teniendo en cuenta que entre la última respuesta recibida por la CNSC -14 de mayo de 2021-, en la que se negó el uso de lista de elegibles al estar la vacante provista, y la fecha de la presentación del escrito de tutela -31 de mayo de 2021-, no había transcurrido más de un mes, es un tiempo que la Sala estima razonable para el ejercicio de la acción constitucional.

[1] Corte Constitucional, sentencia SU-961/99.

5. Subsidiariedad.

Conforme al artículo 86 de la Constitución Política, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para hacer cesar la vulneración de los derechos fundamentales, o en caso de que exista otro mecanismo, aquel no sea idóneo o eficaz para garantizarlos, o porque se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[2].

En el caso concreto la Sala tendrá en cuenta la Sentencia T- 340 de 2020, cuya aplicación solicita la parte actora en la impugnación, en la medida que la H. Corte Constitucional fijó las reglas y subreglas en los casos en que se controviertan actos administrativos dictados dentro de un concurso de méritos, frente a los cuales el afectado puede acudir a los medios de defensa disponibles en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para el efecto y solicitar la adopción de medidas cautelares de todo tipo (preventivas, conservativas, anticipadas o de suspensión). Sin embargo, señaló que, pese a la existencia de tales vías, existen dos hipótesis que permiten la procedencia excepcional de la acción de tutela. *"La primera, se presenta cuando existe el riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable, causal que tiene plena legitimación a partir del contenido mismo del artículo 86 del Texto Superior y, por virtud de la cual, se le ha reconocido su carácter de mecanismo subsidiario de defensa judicial. Y, la segunda, cuando el medio existente no brinda los elementos pertinentes de idoneidad y eficacia para resolver la controversia, a partir de la naturaleza de la disputa, de los hechos del caso y de su impacto respecto de derechos o garantías constitucionales".*

Además, la Corte destacó que, también procede como mecanismo principal en los casos en los que se discute el primer lugar de la lista de elegibles, razón por la cual el juez debe ser cuidadoso al analizar cada caso, porque no se trata de un asunto meramente legal, tornándose el debate en constitucional al privilegiar el derecho al mérito. En lo relevante señaló:

> *"Para la Sala, en este caso, la acción de tutela procede como mecanismo principal de protección de los derechos al trabajo y al acceso a cargos públicos[26], en un contexto indefectible de amparo al mérito como principio fundante del orden constitucional. Por las razones que a continuación se exponen: En primer lugar, el accionante actualmente ocupa el primer lugar en la lista de elegibles, luego de haberse ocupado los dos empleos que inicialmente fueron objeto de convocatoria, por lo que, al haber quedado una vacante definitiva frente exactamente el mismo cargo para el cual él concursó, aparece la disputa que es objeto de revisión en esta tutela, consistente en determinar si cabía el encargo frente a un funcionario de la entidad, o si, por el contrario, debía hacerse uso de la lista de elegibles en el orden*

[2] Sentencia T-401 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

y conforme al mérito demostrado, por parte de las personas que concursaron para acceder a la función pública. Así las cosas, como lo manifestó este Tribunal en la citada Sentencia T-059 de 2019, se observa que, en esta oportunidad, la controversia implica verificar el "(…) ***principio de mérito*** *como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo* ***y se convierte en un asunto de carácter constitucional****, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales"*[27]*.*

En segundo lugar, se avizora en este caso una de las causales mencionadas en la citada providencia, a fin de determinar que, en concreto, los medios ante lo contencioso administrativo no son siempre eficaces, concerniente a que "(…) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta". Al respecto, como se mencionó en el acápite de antecedentes, su vigencia se limitó a dos años, por lo que si ella quedó en firme el día 31 de julio de 2018, la posibilidad de aplicarla se extendió hasta máximo el 30 del mismo mes pero de este año, de suerte que hoy en día no cabe proceder a su uso y, en caso de no asumir la revisión de lo resuelto por el juez de instancia y decretar la improcedencia de la acción de tutela, prácticamente el accionante no tendría mecanismo alguno para reclamar su acceso a la función pública, y se estaría, por razones meramente formales, excluyendo la verificación del mérito como principio fundante del Estado colombiano. No sobra recordar que el actor ocupa en la actualidad el cargo que reclama, en virtud de lo resuelto por el juez de segunda instancia en este trámite de amparo constitucional, por decisión del 3 de julio de 2019.

En tercer lugar, como ya se dijo, la exclusión de la procedencia del amparo llevaría a que, al momento de proferirse una decisión definitiva en sede de lo contencioso administrativo, la lista de elegibles definitivamente ya no estaría vigente y, por ende, el accionante no podría ocupar el cargo al que –según alega– tiene derecho, con lo cual únicamente podría recibir una compensación económica. Esta realidad descarta la eficacia de la garantía de acceso a cargos públicos y excluye la verificación del mérito, en contravía del mandato del artículo 2 del Texto Superior, que impone como obligación del Estado velar por el goce efectivo de los derechos, lo cual no se satisface con el reconocimiento de una compensación económica…"[28]*.*

Por lo precedente y en consideración a que, lo pretendido por la accionante es el uso de listas de elegibles en aplicación de la Ley 1960 de 2019 al ocupar el puesto número 2, cuyo procedimiento presuntamente viene siendo desconocido por el Municipio de Floridablanca y la CNSC, la Sala concluye que la tutela resulta ser el mecanismo idóneo para estudiar con carácter subsidiario la presunta vulneración de los derechos fundamentales alegados.

6. Problema jurídico.

Atendiendo los motivos de impugnación de la sentencia, la Sala resolverá el siguiente problema jurídico:

¿Vulneran las entidades accionadas los derechos fundamentales de la señora GLORIA INÉS OSPINA DELGADO, al debido proceso administrativo, trabajo y

acceso a la carrera administrativa por mérito, al no aplicar el procedimiento previsto en la Ley 1960 de 2019 en concordancia con el Decreto 498 de 2020, frente al uso de listas de elegibles para proveer nuevas vacantes en el empleo Secretario, Código 440, Grado 5, *de la planta de personal del Municipio de Floridablanca creadas con posterioridad al Proceso de Selección No 461 de 2017?*

7. Tesis.

Si, respecto del municipio de Floridablanca porque, las respuestas emitidas por el Secretario General del Municipio de Floridablanca y contenidas en los oficios No. 0196 del 23 de marzo de 2021 y 015 del 24 de mayo del mismo año, se limitaron a informar **la imposibilidad del uso de la lista de elegibles del Proceso de Selección No. 461 de 2017, ante la inexistencia de vacante definitiva en el cargo de Secretario, Grado 5, Código 440 y a relacionar los cargos provistos en todos sus grados. Por lo tanto, la Sala deduce que,** el municipio de Floridablanca limitó el uso de la lista de elegibles ante la provisión del empleo en carrera de quien ocupó el primer lugar en la lista, inobservando que la misma debe mantenerse por todo el tiempo de su vigencia para ocupar cualquier vacante que se llegue a presentar en un cargo de igual denominación, grado y código o, equivalente al que concursó la accionante, aún frente a nuevos que no se hubiesen convocado en el concurso inicial.

En cuanto a la CNSC, no se concreta la vulneración alegada, como quiera que mediante Oficio No. 20211020648461 del 14 de mayo de 2021, informó a la accionante sobre la posibilidad de autorizar el uso de la lista de elegibles, una vez el Municipio de Floridablanca reporté la existencia de nuevas vacantes en el mismo empleo o equivalente, durante la vigencia de la lista, esto es, 18 de mayo de 2022, garantizando de esta manera el derecho de mérito de la señora Gloria Inés Ospina Delgado ante su eventual acceso a la carrera administrativa.

8. Marco normativo y jurisprudencial.

8.1. Del uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019.

Con la expedición de la Ley 1960 de 2019, el legislador buscó, entre otros aspectos, la profesionalización del servicio público, y de manera esencial en materia de concurso de mérito implementó dos cambios sustanciales con relación a la Ley 909 de 2004; el primero, consistió en la creación de concursos de ascenso, permitiendo la movilidad a cargos superiores de funcionarios de carrera dentro de una misma

entidad, y el segundo, la modificación del artículo 31 ibidem, en cuanto a la posibilidad de hacer uso de la lista de elegibles en: *"vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad"*, dejando a salvo que, su vigencia seria a partir de la fecha de publicación.

En ese sentido, frente a las listas de elegibles conformadas por la CNSC aprobadas antes del 27 de junio de 2019, por regla general, la disposición normativa del artículo 31 surte efectos sobre situaciones que se estructuren con posterioridad a su vigencia, sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, permiten su aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma.

De esta manera con el cambio normativo de la Ley 1960 de 2019, se reguló la situación no consolida de las personas que, si bien no ocuparon posición de mérito, si conforman la lista de elegibles vigente, de tal forma que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, con la finalidad de cubrir vacantes definitivas en los términos en que fue prevista la norma.

Precisa la Sala que, aun cuando la Ley 1960 de 2019 reguló este tipo de situaciones, per se no implica que se cree un derecho en favor de quienes hace parte de la lista de elegibles a ser nombrados, pues para adoptar tal determinación la entidad nominadora debe verificar que se den los supuestos que permitan hacer uso de la lista, entre estos, el número de vacantes a proveer y lugar ocupado por los elegibles, además de los trámites administrativos y presupuestales que resulten necesarios en cada caso concreto.

Acerca de los supuestos que habilitan el nombramiento en uso de las listas de elegibles vigentes, el Acuerdo No. 0165 del 12 de marzo de 2020 de la CNSC en su artículo 8º consagró:

> ***"ARTICULO 8°.*** *Uso de Lista de Elegibles. Durante su vigencia las listas de elegibles serán utilizadas para proveer definitivamente las vacantes de la respectiva entidad, en los siguientes casos:*
>
> ***1.*** *Cuando el elegible nombrado no acepte el nombramiento o no se posesione en el empleo o renuncie durante el periodo de prueba o no supere el periodo de prueba.*
>
> ***2.*** *Cuando, durante su vigencia, se genere la vacancia definitiva de un empleo provisto mediante la lista de elegibles conformada en virtud del respectivo*

concurso de méritos, con ocasión de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

3. *Cuando, durante su vigencia, se generen nuevas vacantes del "mismo empleo" o de "empleos equivalentes" en la misma entidad."*

Ahora, con relación a la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para el uso en listas conformadas con anterioridad al 27 de junio del mismo año, la CNSC expidió en un primer momento Criterio Unificado del 1 de agosto de 2019, en el que forma enfática estableció que la modificación concebida en la precitada Ley, sólo sería aplicable para convocatorias aprobadas con posterioridad a su entrada en vigencia, sin embargo dicho criterio varia, con nueva unificación de la CNSC del 16 de enero de 2020, en el que de forma expresa precisó que: *"las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos", entiéndase con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."*

Frente al alcance del contenido del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, la H. Corte Constitucional en Sentencia T-340 de 2020, en un caso análogo al examinado, precisó lo siguiente:

> *"Con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que,* ***para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.****" (Negrilla fuera de texto original)*

Por su parte, el Decreto 498 de 30 de marzo de 2020, por medio del cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015 (Reglamentario del Sector Función Pública), en el artículo primero, sobre la provisión definitiva de los empleos de carrera dispuso:

"ARTÍCULO 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. *La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:*

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

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.

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.

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 adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

PARÁGRAFO 1º. *Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas,* ***durante su vigencia, 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 y para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.***

Lo anterior sin perjuicio de lo señalado en el numeral 3 del artículo 21 de la Ley 909 de 2004.

PARÁGRAFO 2º. *Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:*

1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.

2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.

3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.

4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.

PARÁGRAFO 3. *Cuando la lista de elegibles esté conformada por un número igual o superior al número de empleos a proveer, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible los servidores que se encuentren en las condiciones señaladas en el parágrafo anterior sean reubicados en otros empleos*

de carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo.

(...)"

En conclusión, con el cambio normativo traído a partir de la Ley 1960 de 2019 y el Decreto 498 de 30 de marzo de 2020, permite que aspirantes que ocupan un lugar en la lista de elegibles, pero no fueron nombradas, por cuanto su posición excede el número de vacantes, puedan acceder a las que se creen con posterioridad al concurso de mérito, siempre y cuando se den los supuestos que habiliten el nombramiento y en todo caso que la lista se encuentre vigente.

9. Caso concreto.

9.1. Hechos relevantes probados.

En el caso concreto se aportaron como pruebas las siguientes:

- Acuerdo No. 0013 del 22 de enero de 2021 de la CNSC, por el cual se deroga el numeral 8 del artículo 2 y se modifican los numeral 1, 2 y 3 del artículo 8 del Acuerdo No. CNSC-0165 de 2020, en lo que tiene que ver con el uso de lista de elegibles en nuevas vacantes del mismo empleo y/o equivalentes. (Ver PDF No. “04”)

- Criterio Unificado de la CNSC de fecha 16 de enero de 2020, con relación al uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019. (Ver PDF No. “06”)

- Criterio Unificado de la CNSC de fecha 22 de septiembre de 2020, frente al uso de listas de elegibles para empleos equivalentes y su concepción general. (Ver PDF No. “07”)

- Resolución No. 5150 del 3 de abril de 2020, mediante la cual se conforma y adopta lista de elegibles para proveer una (1) vacante definitiva en la OPEC Cod. 61166 de la planta de personal del Municipio de Floridablanca, con relación al Proceso de Selección No. 461 de 2017. Del artículo primero se extrae el nombre de la accionante en la posición número 3 con un puntaje de *“79.24”*. (Ver PDF No. “10”)

- Escrito de complementación del criterio unificado del 16 de enero de 2020, suscrito por el presidente de la CNSC el 6 de agosto de 2020, dando alcance

del concepto de *"mismo empleo"*, entendiendo denominación, código, grado, asignación básica, propósito, funciones, entre otros. (Ver PDF No. "05")

- Derecho de petición de fecha 12 de febrero de 2021, dirigido por la accionante a la CNSC, a través del cual solicita la aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 para el uso de lista de elegibles en la OPEC 61166, de la planta de personal del Municipio de Floridablanca. (Ver PDF No. "03", Folio 7)

- Derecho de petición de fecha 24 de marzo de 2021, dirigido por la accionante a la CNSC, mediante el cual solicita información acerca de los cargos provistos en la planta de personal del Municipio de Floridablanca con denominación Secretario, Grado 5, Código 440. (Ver PDF No. "03", Folios 7 a 8)

- Oficio No. 20211020648461 del 14 de mayo de 2021, suscrito por el Director de Administración de Carrera Administrativa, en el que informa a la accionante que el cargo para el cual concurso ya se encuentra provisto, por tanto, al no alcanzar posición de mérito, se le indica que **debe esperar el reporte de una vacante en el mismo empleo o similar durante la vigencia de la lista, de manera expresa hasta el 18 de mayo de 2022.** (Ver PDF No. "03", Folios 9 a 11)

- Derecho de petición de fecha 22 de febrero de 2021, dirigido por la accionante al Municipio de Floridablanca a través del cual solicita la aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 para el uso de lista de elegibles en la OPEC 61166. (Ver PDF No. "03", Folio 3)

- Oficio No. 0196 del 23 de marzo de 2021, mediante el cual el Secretario General del Municipio de Floridablanca, informa sobre **la imposibilidad del uso de la lista de elegibles del Proceso de Selección No. 461 de 2017, ante la inexistencia de vacantes definitiva en el cargo de Secretario, Grado 5, Código 440.** (Ver PDF No. "03", Folio 4)

- Derecho de petición de fecha 24 de marzo de 2021, dirigido por la accionante al Municipio de Floridablanca, mediante el cual solicita información acerca de los cargos vacantes en su planta de personal con denominación Secretario, Grado 5, Código 440. (Ver PDF No. "03", Folio 3)

- Oficio No. 0514 del 24 de mayo de 2021, mediante el cual el Secretario General del Municipio de Floridablanca, hace una relación de los cargos provistos de Secretario, Grado 5, Código 440 y Secretarios en todos sus grados, de los que se extrae en su totalidad tipos de vinculación en: "Carrera Administrativa" y "Periodo de Prueba". (Ver PDF No. "70")

10. Caso concreto. Análisis crítico.

Se acreditó que la señora Gloria Inés Ospina Delgado, hizo parte del Proceso de Selección No. 461 de 2017, en el que se inscribió para la OPEC 61166 del Municipio de Floridablanca, en el empleo de Secretario, Código 440, Grado 5, cargo en el que se oferto una (1) vacante, ocupando la actora al finalizar las etapas del concurso de méritos la posición número 3 de la lista de elegibles con un puntaje de 79.24.

Así mismo, se probó que frente a las peticiones elevadas por la accionante, la CNSC y el Municipio de Floridablanca, emitieron oficios de respuesta, en los que se informó:

1. Por la Comisión, sobre la posibilidad de hacer uso de la lista de elegibles durante su vigencia -hasta el 18 de mayo de 2022-, una vez el Municipio de Floridablanca reporté nuevas vacantes definitivas del mismo cargo convocado. (Oficio No. 20211020648461 del 14 de mayo de 2021)

2. Por el ente territorial, acerca de la imposibilidad de hacer uso de la lista de elegibles, considerando que el cargo para el que concursó la accionante había sido provisto. Además, en la planta actual de personal, los cargos Secretario en todos sus grados prestan vinculación en *"carrera administrativa"* y *"periodo de prueba"*. (Oficios No. 0196 del 23 de marzo de 2021 y 0514 del 24 de mayo el mismo año)

Para la Sala, si bien el oficio de respuesta de la CNSC, garantiza el procedimiento establecido por el Decreto 498 de 2020 para el orden de provisión definitiva de empleos de carrera, en tanto prevé la autorización de la lista de elegibles de la que hace parte la actora frente a nuevas vacantes definitivas en la planta de personal del Municipio de Floridablanca, lo cierto es que no ocurre lo mismo con las repuestas proferidas por el ente territorial, en los que de forma directa niegan el uso de la lista, incluso mientras dure su vigencia, habida consideración de estar provisto a la fecha el cargo para el cual concursó.

En tal medida, el artículo 2.2.5.3.2., parágrafo 1º del Decreto 498 del 30 de marzo de 2020, es claro en su contenido al señalar que, las listas de elegibles durante su vigencia podrán ser utilizadas para proveer cargos de vacantes definitivas respecto de los empleos que inicialmente fueron provistos, además para cargos de igual denominación o equivalentes, que si bien no se convocaron, al surgir de forma posterior a la convocatoria, pueden encontrarse en situación de vacancia dentro de la misma entidad.

De esta manera el Municipio de Floridablanca, de ninguna manera pueda negar el eventual uso de la lista de elegibles que integra la actora, aduciendo que el único puesto que se convocó para el cargo de Secretario, Código 440, Grado 5 ya fue provisto, cuando a la luz de la norma en cita y lo reglado por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, de generarse nuevas vacantes dentro de su planta de personal, está en el deber de reportarlas a la CNSC solicitando autorización para el uso de listas, indistintamente de si se trata de cargos que no hicieron parte de la convocatoria inicial.

Ahora, si bien es cierto a la accionante se le informó que en la planta de personal del Municipio de Floridablanca está compuesta por 23 cargos de Secretarios en todos sus grados, 17 de ellos con tipo de vinculación en *"carrera administrativa"* y 6 en *"periodo de prueba"*, ello no obsta para que eventualmente, en vigencia de la lista, se generen vacantes definitivas en dichos cargos, o se creen nuevos cargos con esta denominación o equivalente al que concursó la accionante, caso en el cual, necesariamente impone el uso de la lista para proveer estas vacantes, por lo menos para el caso de la señora Gloria Inés Ospina Delgado, hasta el 18 de mayo de 2022, fecha en la que fenece su lista.

En consecuencia, considerando que con la respuesta emitida por el Municipio de Floridablanca, se afecta la esencia de los derechos fundamentales invocados por la accionante al negar de manera impositiva la aplicación del procedimiento previsto para el uso de las listas de elegibles en el marco de la Ley 1960 de 2019 y el Decreto 498 de 2020, la Sala dispondrá revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar disponer el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, trabajo y acceso a la carrera administrativa, de oficio el derecho de al mérito que en igual modo se ve afectado ante la decisión del ente territorial accionado.

Como medida afirmativa de protección, se ordenará que, el Municipio de Floridablanca dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes, a la presentación

de una vacante disponible para con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito funciones o que resulte equivalente a la del cargo de Secretario, Código 440, Grado 5, OPEC 61166, proceda a reportarlo/s a la CNSC, en los términos previsto en la Circular Externa No. 0001 de 2021, que fijó los criterios para reportar vacantes en el contexto del uso de listas de elegibles según la Ley 1960 de 2019. Lo anterior, hasta la vigencia de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 5150 del 3 de abril de 2020, esto es, hasta el 18 de mayo de 2022.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha quince (15) de junio de dos mil veintiuno (2021), proferida por el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA,** para en su lugar amparar los derechos fundamentales debido proceso administrativo, trabajo y acceso a la carrera administrativa de la accionante atados al derecho de mérito vulnerados por el Municipio de Floridablanca, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** al Municipio de Floridablanca que dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la presentación de una vacante disponible para con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito funciones o que resulte equivalente a la cargo de Secretario, Código 440, Grado 5, OPEC 61166, proceda a reportarlo/s a la CNSC, en los términos previsto en la Circular Externa No. 0001 de 2021, que fijó los criterios para reportar vacantes en el contexto del uso de listas de elegibles según la Ley 1960 de 2019. Lo anterior, hasta la vigencia de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 5150 del 3 de abril de 2020, esto es, hasta el 18 de mayo de 2022.

TERCERO: DECLARAR que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, no incurrió en vulneración a los derechos fundamentales de la accionante, conforme lo previsto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: NOTIFÍQUESE el presente fallo por medios electrónicos y de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: En el término legal y por medios electrónicos, a través de la Secretaría General de la Corporación, **REMÍTASE** el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

QUINTO: Regístrese la actuación en el Sistema Judicial Justicia Siglo XXI, por intermedio del Auxiliar Judicial del Despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Aprobado en sesión electrónica a través de la herramienta Tecnológica **TEAMS**, la cual de conformidad con el *artículo 186 del CPACA*, garantiza su autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con la Ley.

Acta de Sala No. 059 del 12 de julio de 2021.

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
Magistrada

JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR
Magistrado

FRANCY DEL PILAR PINILLA PEDRAZA
Magistrada

Firmado Por:

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
MAGISTRADA
MAGISTRADA - TRIBUNAL 007 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE BUCARAMANGA-SANTANDER

JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE BUCARAMANGA-SANTANDER

FRANCY DEL PILAR PINILLA PEDRAZA
MAGISTRADA
MAGISTRADA - TRIBUNAL 004 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE BUCARAMANGA-SANTANDER

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

Código de verificación:

9d8d02ad5db279fd9c8dcc3f16a853b169ed97c499f760a58ab97ac1ec01cc73

Documento generado en 15/07/2021 10:37:01 AM

TRIBUNAL SUPERIOR
Medellín

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, cinco (05) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Aprobado en la fecha, Acta /**136.**

Radicado / **2021-00111.**

Fallo de Tutela de **Segunda Instancia /094.**

Magistrado Ponente: **César Augusto Rengifo Cuello.**

Mediante fallo proferido el veintiséis (26) de agosto de dos mil veintiuno (2021), el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, negó el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, dignidad humana, acceso al empleo público y principio de la confianza legítima invocados como vulnerados por la señora **MARÍA EUGENIA HOYOS ARCIA** quien actuó en nombre propio, contra la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO -CNSC y SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE- SENA;** decisión que fuera impugnada por la accionante, razón por la que conoce esta Colegiatura del asunto.

HECHOS.

Se desprende de la demanda de tutela que:

> "(…) Mediante Acuerdo No. CNSC-20171000000116 DEL 24-07-2017, aclarado por el acuerdo No. 20181000001006 del 08 de junio de 2018, convoco a concurso abierto de méritos para proveer 3.766 empleos con 4.973 vacantes, pertenecientes al Sistema General de carrera) la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), se dio a conocer el documento "Por el cual se convoca a Concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA"
>
> Me inscribí en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de Técnico, Grado 1, de la OPEC 56.956, para la entidad de derecho público SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE cumplí con todos los requisitos necesarios para formalizar mi inscripción, y realicé todas las pruebas, por lo que logré alcanzar el tercer lugar, ahora el primer lugar por la recomposición automática de las listas.
>
> Es expedida la RESOLUCIÓN No. CNSC - 20192120001825 DEL 21-01-2019 "Por la cual se conforma la Lista de elegibles para proveer una (1), vacante del empleo de carrera identificado con el código OPEC No. 56956, denominado Técnico, Grado 1, del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, ofertado a través de la Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA", ocupo ahora el primero por la recomposición automática de la lista, debido a que excluyeron a la primera persona de la lista y nombraron a la segunda." (Sic)

DE LA SENTENCIA RECURRIDA.

El Juzgado A quo, a través de fallo de tutela proferido el veintiséis (26) de agosto de dos mil veintiuno (2021), negó el amparo constitucional por ausencia de vulneración de garantías fundamentales.

DE LA IMPUGNACIÓN.

Dentro del término oportuno la **ACCIONANTE** impugnó la decisión haciendo referencia a lo siguiente:

> "(…) La a quo con su fallo desconoce por completo el precedente jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional establecido con la T-340, en ninguna parte de la sentencia que nos ocupa la a quo menciona tan si quiera una vez la importante sentencia de la Honorable Corte Constitucional T-340 del 21 de agosto de 2020, a pesar que yo misma en mi acción constitucional la menciono por lo menos ¡media docena de veces!, y la sentencia T-340 tiene especial importancia en mi tutela por estar estrechamente relacionada con la ley 1960 de 2019 y la CNSC.
>
> Es punto lo clarificamos antes con mi escrito de tutela, pero es conveniente retomar el tema, debemos recalcar primero es que nuestra pretensión principal es mi nombramiento en periodo de prueba, al no darse a pesar de tener el derecho nos están vulnerando nuestros derechos fundamentales.
>
> En el punto 3.7 de mi acción constitucional presento a un listado de empleos Nombre Técnico, Grado 1, mi nombramiento puede efectuarse en alguno de los cargos, equivalentes que se pueden extraer de esa tabla, la elaboración de un listado de empleos equivalentes no ha sido realizada por la CNSC-SENA debido precisamente a que la CNSC y SENA no han realizado un estudio de equivalencias según la interpretación restringida del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 que impide la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 , para cargos equivalentes no convocados originalmente, lo que va en contravía de la sentencia de la H. Corte Constitucional T-340 del 21/08/2020, importante es que también debe tenerse en cuenta aquí el Decreto 498 de 2020.
>
> Por las razones anteriores, solicito revocar la sentencia y en su lugar amparar mis derechos invocados en mi acción constitucional." (Sic)

CONSIDERACIONES.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política de Colombia y 37 del Decreto 2591 de 1991, esta Magistratura es competente para conocer de la presente acción, en segunda instancia, por la impugnación interpuesta.

Corresponde a esta Corporación determinar si debe mantenerse el fallo de primer grado o si, por el contrario, debe revocarse acorde a los argumentos de la impugnación.

Inicialmente debemos advertir que según los hechos expuestos por la accionante **HOYOS ARCIA** lo que concretamente busca es que se le nombre en un cargo equivalente al empleo del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA para el que concursó, esto es, Técnico Grado 01 OPEC No. 56956, en el cual ocupó el puesto 3, pero por recomposición de la lista de elegibles actualmente se encuentra en el primer puesto.

Debemos tener presente que fue expresa voluntad del constituyente de que los cargos de la entidad accionada, como en general los cargos públicos, se provean conforme a un régimen de carrera. De eso da cuenta el artículo 125 de la Constitución Política. Adicionalmente, el legislador reguló lo relativo al ingreso a los empleos de carrera en la Ley 909 de 2004, en sus artículos 27 y 31 numeral 4°.

De esta forma, se advierte con total claridad que el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA** tiene la obligación constitucional y legal de designar sus cargos de carrera con las correspondientes listas de elegibles y ello debe hacerlo con diligencia y ateniéndose a los principios que gobiernan a la administración pública, entre ellos, la celeridad, igualdad y eficacia, según lo establece el artículo 209 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 2 de la Ley 909 de 2004.

Bajo este panorama, la Sala encuentra injustificable que no se depuren las listas de elegibles de modo que para los cargos que se dispuso proveer en carrera así se proceda, aun cuando se hayan producido los nombramientos en los cargos ofertados. En otras palabras, no se percibe la debida diligencia por parte del **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA**, pues hay un cambio en el criterio de unificación expuesto por la CNSC como es el acuerdo 13 *de 2021 22-01-2021 "Por el cual se deroga el numeral 8 del artículo 2 y se modifica los numeral 1,2 y 3 del artículo 8 del Acuerdo N° CNSC-0165 de 2020.",* el cual señaló lo siguiente:

> "(…) ARTICULO 8°. Uso de Lista de Elegibles. Durante su vigencia las listas de elegibles serán utilizadas para proveer definitivamente las vacantes de la respectiva entidad, en los siguientes casos: 1. Cuando el elegible nombrado no acepte el nombramiento o no se posesione en el empleo o renuncie durante el periodo de prueba o no supere el periodo de prueba. 2. Cuando, durante su vigencia, se genere la vacancia definitiva de un empleo provisto mediante la lista de elegibles conformada en virtud del respectivo concurso de méritos, con ocasión de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004. 3. Cuando, durante su vigencia, se generen nuevas vacantes del "mismo empleo" o de "empleos equivalentes" en la misma entidad." (Subrayas del Despacho)

Es así como la omisión puesta de presente desconoce de manera seria y actual los derechos de la solicitante, quien tiene la expectativa de ser nombrado en un cargo equivalente, por lo cual deberá concederse el amparo constitucional con el fin conjurar la afectación de los derechos fundamentales reclamados, en especial, el debido proceso administrativo y el acceso a la carrera administrativa.

De lo anterior se desprende que el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA** tiene la obligación legal de determinar los empleos equivalentes no convocados y reportarlos ante la CNSC con el fin de que se autorice el uso de la lista de elegibles para el nombramiento de los aspirantes a dichos cargos**,** teniendo en cuenta que se trata de una controversia que ya fue zanjada por la Corte Constitucional mediante la aplicación temporal de la norma a través de la figura de la *retrospectividad*, entendida como *"la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva"*[1].

Al respecto, la alta corporación en la Sentencia T-340 de 2020 estableció las siguientes reglas con relación a la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019 que incluye la posibilidad del uso de la lista de elegibles para el nombramiento de los cargos vacantes que sean equivalentes y que no fueron ofertados en la respectiva convocatoria:

> "(…) El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, como se mencionó con anterioridad, con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas "vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad". Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación.
>
> Como se aprecia, el cambio incluido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, comporta una variación en las reglas de los concursos de méritos, particularmente en relación con la utilización de las listas de elegibles. Así, la normativa anterior y la jurisprudencia de esta Corporación sobre el tema, partían de la premisa de que la norma establecía que las listas de elegibles únicamente podrían usarse para los cargos convocados y no otros, a pesar de que con posterioridad a la convocatoria se generaran nuevas vacantes definitivas. Con ocasión de la referida modificación, esta Sala deberá definir la aplicación en el tiempo de dicha norma, comoquiera que, su uso, en el caso concreto, prima facie, proveería un resultado distinto de aquel que podía darse antes de su expedición, no solo debido al cambio normativo, sino también a la consecuente inaplicabilidad del precedente señalado de la Corte

[1] Sentencia T 564 de 2015 M.P Alberto Rojas Ríos.

respecto del uso de la lista de elegibles, ya que la normativa en la cual se insertaron esos pronunciamientos varió sustancialmente.

Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso sub-judice. El último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la retrospectividad, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, "pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva". Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.

Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles "se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer"[2]. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen un derecho subjetivo y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso.

Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley

[2] Sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

> únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que "las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos", entiéndase con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."
>
> En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.
>
> Así las cosas, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley aplica a la situación de las personas que ocupan un lugar en la lista de elegibles que excedía el número de vacantes ofertadas y por proveer. Es decir que, si son las siguientes en orden y existe una lista vigente, en caso de producirse una vacante para ese empleo, aun cuando no haya sido ofertado, tendrán derecho a ser nombradas en las vacantes definitivas que se vayan generando, de conformidad con lo dispuesto en la referida ley. Sin embargo, en cada caso concreto, la entidad cuyas necesidades de personal se pretenden satisfacer mediante el concurso deberá realizar los trámites administrativos para reportar las vacantes definitivas de los cargos a la CNSC, así como los trámites financieros y presupuestales para poder hacer uso de las referidas listas." (Subrayas del Despacho)

En conclusión, del examen realizado surge que la actuación del **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA** y la omisión de la CNSC vulneran de modo cierto los derechos fundamentales de acceso a la carrera administrativa y al debido proceso administrativo a la señora **MARÍA EUGENIA HOYOS ARCIA**, por lo que se impone su protección constitucional.

Tenemos entonces que, la lista de elegibles Resolución No. CNSC - 20182120146215 del fue expedida el día 17-10-2018 y según su artículo 6 la vigencia es:

> "(…) Artículo Sexto. - La Lista de Elegibles conformada a través del presente Acto Administrativo tendrá una vigencia de dos (2) años, contados a partir de la fecha de su firmeza, conforme a lo establecido en el artículo 58 del Acuerdo No.

> 20161000001296 de 2016, en concordancia con lo estipulado por el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004".

En consecuencia, se ordenará al **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA**, y a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC–,** que, en un término no superior a ocho (08) días hábiles, de manera conjunta realicen el estudio de equivalencia de los cargos vacantes no convocados, con relación al técnico Grado 1 OPEC 56956 para el cual concursó la accionante y se reporten a la CNSC las vacantes definitivas y equivalentes que haya en la planta de personal para el cargo de la actora. Esta valoración de equivalencias se realizará con los cargos que estuvieran vacantes hasta antes de la pérdida de vigencia de la lista de elegibles **(21-10-2021)** para el cargo al cual se postuló la accionante **MARÍA EUGENIA HOYOS ARCIA.**

Efectuado lo anterior, la CNSC contará con un término de 15 días para realizar las verificaciones y actualizaciones a que haya lugar, y después deberá remitir en un término no superior a 48 horas, la lista de elegibles de la cual deberá hacer uso el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA** para proveer en estricto orden descendente las vacantes definitivas reportadas en cargos equivalentes, así no hayan sido ofertadas inicialmente en el concurso, con la limitante ya referida.

Por los argumentos anteriormente expuestos, el **Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE.

PRIMERO: REVOCAR la sentencia impugnada.

SEGUNDO: CONCEDER el amparo del derecho fundamental al debido proceso administrativo, (i) **ORDENAR** al **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA, y a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC–,** que, en un término no superior a ocho (08) días hábiles, de manera conjunta realicen el estudio de equivalencia de los cargos vacantes no convocados, con relación al técnico Grado 1 OPEC 56956 para el cual concursó la accionante y se reporten a la CNSC las vacantes definitivas y equivalentes que haya en la planta de personal para el cargo de la actora. Esta valoración de equivalencias se realizará con los cargos que estuvieran vacantes hasta antes de la pérdida

de vigencia de la lista de elegibles[3] **(21-10-2021)** para el cargo al cual se postuló la accionante **MARÍA EUGENIA HOYOS ARCIA.**

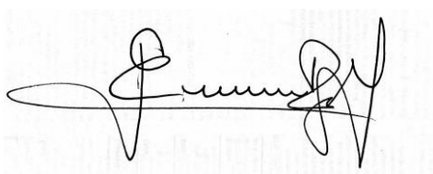
Efectuado lo anterior, la CNSC contará con un término de 15 días para realizar las verificaciones y actualizaciones a que haya lugar, y después deberá remitir en un término no superior a 48 horas, la lista de elegibles de la cual deberá hacer uso el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA** para proveer en estricto orden descendente las vacantes definitivas reportadas en cargos equivalentes, así no hayan sido ofertadas inicialmente en el concurso, con la limitante ya referida.

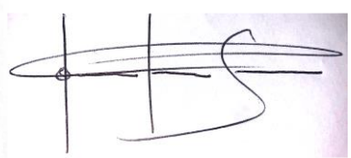
TERCERO: La Secretaría remitirá copia de lo actuado en sede de segunda instancia al despacho de origen para lo pertinente y el cuaderno original a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO





LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ **JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**

3

OPEC	VACANTES	RESOLUCIÓN LISTA DE ELEGIBLES	FECHA DEL ACTO ADMINISTRATIVO	FIRMEZA A PARTIR DE	ELEGIBLES			
					POSICIÓN	IDENTIFICACIÓN	NOMBRES	APELLIDOS
56956	1	20182120146215	17/10/2018	22/10/219	1	52718184	YENNITH ZULAY	QUIROZ TORRES
					2	1038439901	MARIA EUGENIA	HOYOS ARCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA
SALA PENAL

TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

R E F E R E N C I A **MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL**	
Radicación:	13-001-31-04-004-2021-00026-01
No. I. Tribunal:	Grupo T-2ª No. 00344 de 2021
Motivo decisión:	Tutela de 2ª instancia
Accionante:	Laura Vanessa Cantillo Rhenals
Derecho:	Debido proceso administrativo y otros
Decisión:	Revoca
Aprobado:	Acta Nro. 197

Cartagena, 04 de noviembre de 2021

1.- Asunto

Decidir la impugnación presentada por la parte accionante y la vinculada Yeimi Vera Peña, en contra del fallo de tutela de fecha 28 de septiembre de 2021, proferido por el **Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena,** dentro de la acción de tutela instaurada por la ciudadana **Laura Vanessa Cantillo Rhenals,** quien actúa en nombre propio, en contra del **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar,** en adelante **ICBF** y la **Comisión Nacional del Servicio Civil,** en adelante **CNSC.**

2.- Fundamentos de la acción.

Refiere la accionante que mediante el Acuerdo No. 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016, la CNSC convocó concurso abierto de mérito para proveer de forma definitiva 2.470 vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF por medio de la convocatoria No. 433 de 2016, la cual tiene fundamento lo contemplado en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Manifiesta además que encontrándose en términos se inscribió a dicho concurso.

Comenta que posteriormente a la publicación del acuerdo No. 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016, el Gobierno Nacional a través del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, expidió el Decreto 1479 de 2017, con el cual se creó empleos en la planta personal del ICBF de carácter permanente; igualmente destaca que dichas vacantes no fueron ofertadas en el citado acuerdo.

Narra la actora que aprobó las etapas de la convocatoria (competencias básicas y funcionales, competencias comportamentales) y posteriormente, la CNSC público a través del portal web del Banco Nacional de Listas de Elegibles, la resolución No. 20192230050135 del 13 de mayo de 2019, mediante la cual conformó la lista de elegibles para proveer doce (12) vacantes en el empleo identificado con el código OPEC No. 34243 denominado como defensor de familia, código 2125, grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa

del ICBF, la cual cobró firmeza el 06 de junio del 2019 y posee vigencia hasta el 05 de junio del 2021 y además, afirma que en la referida lista, está registrada con un puntaje total de 67,83 y en la posición treinta y dos (32).

Advierte que el día 22 de noviembre de 2018, la CNSC expidió la resolución No. 20182230156785, por medio de la cual revocaban el artículo 4 de todos los actos administrativos que contienen las listas de elegibles que se profirieron con ocasión a la convocatoria No. 443 de 2016, el cual establece *"ARTICULO 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."*

Indica la demandante que el 27 de junio de 2019, se expidió la Ley 1960 de 2019, *"Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones"* en cuyo artículo 6 se consignó: *"El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así*:

"ARTICULO 31. El proceso de selección comprende:

4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad"

Señala la tutelante, que el día 01 de agosto de 2019, la Sala Plena de Comisionados de la CNSC, aprobó y expidió Criterio Unificado *"Listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019",* la cual versa sobre la negativa del uso de las listas de elegibles para proveer las vacantes creadas en virtud del Decreto 1479 de 2017, y con posterioridad a la convocatoria 433 de 2016, en consideración a lo ordenado por los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019.

No obstante, sostiene que el *Tribunal Contencioso Administrativo Del Valle Del Cauca,* mediante fallo de tutela de segunda instancia, bajo número de radicado 76 001 33 33 021 2019-00234, de fecha 18 de noviembre de 2019, determinó la inaplicabilidad del referido criterio por inconstitucional. En razón de lo anterior, refiere la actora que el 16 de enero de 2020, la CNSC aprobó un nuevo criterio unificado sobre el uso de las listas de elegibles en contexto de la Ley 1960 de 2019.

Señala la convocante que conformada la lista de elegibles mediante la resolución No. 20192230050135 del 13 de mayo de 2019, para proveer doce (12) vacantes del empleo identificado con la OPEC No.34243, denominado defensor de familia, código 2125, grado 17, convocatoria 433 de 2016, el ICBF haciendo uso del nuevo criterio emitido por la CNSC, ofertó a la OPEC No. 34243 de esta ciudad, cinco (5) cargos más que se encontraban en

vacancia definitiva, denominados defensor de familia, código 2125, grado 17, para un total de 17 vacantes.

Coloca de presente el artículo 63 del acuerdo No. 20161000001376 de 05 de septiembre de 2016 y, en virtud de este, comenta que por recomposición de la lista de elegibles referenciada, actualmente ocupa la posición No.13, lo cual consta en la respuesta que le proporcionó el ICBF el 27 de octubre (sin indicar de que año).

Sostiene la accionante, que con fundamento en el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, que reforma ley 909 de 2004, en concordancia con el artículo 125 de la Constitución Nacional que determina el mérito para acceder a cargos públicos y teniendo en cuenta que el ICBF viene realizando nombramientos bajo la modalidad de provisionalidad y encargo, de los cargos denominado Defensor De Familia, Código 2125, Grado 17, que se encuentran en vacancia definitiva en la Planta Global del ICBF, sin que las personas nombradas tengan derecho al mérito, el día 26 de octubre del 2020, afirma haber elevado derecho de petición al ICBF solicitando se le informara cuantas vacantes definitivas se encuentran en la Planta de Personal global del ICBF del cargo Defensor De Familia Grado 17 Código 2125 en todas las regionales del país, señalando su ubicación geográfica.

Señala además, que teniendo conocimiento que la elegible número 18 de la lista Resolución No. CNSC – 20192230050135 del 13 de mayo de 2019 de la OPEC 34243, no aceptó el cargo, solicitó información respecto a cómo iba el proceso de autorización de nombramiento de los siguientes elegibles.

Arguye que el 30 de octubre de 2020, a través de correo electrónico recibió oficio No. 202012100000306441 de fecha 27 de octubre del 2020, mediante el cual el ICBF proporcionó respuesta informándole que el número de vacantes a nivel nacional era de solo 14 para el citado cargo, sin embargo, considera la actora que dicha afirmación falta a la verdad, puesto que, posee conocimiento sobre que a otros peticionarios le han relacionado un número mayor de vacantes definitivas. Puntualiza que lo anterior lo puede demostrar con la respuesta dada a la señora Sabina Isabel Santiago Banquez a través de correo electrónico, con ocasión a derecho de petición que presentara el día 9 de septiembre de 2020, por medio del cual solicitó se le informara *cuantas vacantes definitivas se encuentran en la Planta Global del ICBF, específicamente del cargo DEFENSOR DE FAMILIA GRADO 17, CODIGO 2125, señalando su ubicación geográfica, determinando todas las regionales del país,* en la respuesta el ICBF le relaciona un total de setenta y tres (73) vacantes definitivas Defensor De Familia Grado 17 Código 2125 de la planta de personal de ICBF, que a la fecha no están provistas por personal de carrera administrativa.

Relata la tutelante, que las accionadas CNSC y el ICBF, se niegan rotundamente hacer uso de la Lista Elegibles y que es la única lista actualmente vigente en todo el país con ocasión a la convocatoria 433 de 2016, Resolución CNSC No 20192230050135 del 13-05-2019 OPEC 34243, para cubrir las vacantes definitivas del cargo de Defensor De Familia Grado 17, Código 2125.

En razón de lo anterior, considera que la negativa de las entidades accionadas respecto al uso de su lista de elegibles, desconoce lo consignado en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019. Además de ello, solicita que se observe y se aplique el precedente judicial sentado por la Corte Constitucional en la sentencia T-340 de 2020.

Precisa la accionante que actualmente para el cargo defensor de familia, grado 17, código 2125, se encuentra únicamente vigente la lista en la cual hace parte y que se encuentra próxima a vencerse el 05 de junio de la presente anualidad.

En virtud de lo expuesto, la accionante solicita:

"PRIMERO: Que sean tutelados mis derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, ACCESO AL EMPLEO PUBLICO TRAS CONCURSO DE MERITO, y A LA CARRERA ADMINISTRATIVA POR MERITOCRACIA, AL TRABAJO y PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA, vulnerados por el ICBF y la CNSC, al no hacer uso de mi lista de elegible Resolución No. 20192230050135 del 13 de mayo de 2019 OPEC 34243, la cual es la única que se encuentra vigente de la convocatoria 433 del 2016, para suplir la totalidad de vacantes definitivas en el planta global del ICBF, del empleo de DEFENSOR DE FAMILIA, CÓDIGO 2125, GRADO 17, provistos en provisionalidad, encargo o desiertos, por personas que no tienen derecho al mérito de carrera administrativa, conllevando al desconocimiento de los artículos 6 y 7 de la ley 1960, modificatoria de la ley 909 de 2004, que modifica el Decreto Ley 1567 de 1998 y la sentencia de la Corte Constitucional T-340 de 2020, proferida el julio 21 de agosto 2020; Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez."

"SEGUNDO: Se le ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil que en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo y en cumplimiento del artículo 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, autorice al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de manera inmediata el uso de mi lista de elegible Resolución No. 20192230050135 del 13 de mayo de 2019 OPEC 34243 para el cargo DEFENSOR DE FAMILIA, CÓDIGO 2125, GRADO 17, con la cual se deberán proveer los cargos de carrera administrativa ofertados en la convocatoria N°433 de 2016-ICBF que hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004; o aquellos que posterior a la fecha de la convocatoria N°433 de 2016 fueron declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las casuales consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y que al momento de la apertura de dicha convocatoria estaban provistos con personal en carrera administrativa; aquellos cargos que habiendo sido creados por el Decreto N° 1479 del 04 de septiembre de 2017, se encuentren ocupados con personal nombrado con carácter provisional o bajo la modalidad de encargo; o aquellos cargos para los cuales el concurso fue declarado desierto de conformidad la Resolución No CNSC- 20182230162005 del 04 de diciembre de 2018, y en cumplimiento de lo establecido en la Ley 909 de 2004 artículo 11 literal f) y con observancia de lo establecido en el parágrafo de dicha norma.

TERCERO: Se le ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que en el término perentorio de 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, y en cumplimiento del artículo 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, proceda a agotar todos los trámites administrativos necesarios y pertinentes, con el fin de expedir el acto administrativo de nombramiento en carrera administrativa de la suscrita LAURA VANESSA CANTILLO RHENALS, en el cargo de DEFENSOR DE FAMILIA, CÓDIGO 2125, GRADO 17, en uno de los cargos creados antes o después del Decreto 1479 de 2017, cargos que se encuentren en vacancia definitiva o se hallen provistos en provisionalidad o en encargo, previa elección de la suscrita de la vacante de su interés, en especial la ciudad de Cartagena donde tengo mayor interés por ser mi arraigo y donde vivo con mis menores hijos.

CUARTO: Inaplicar, haciendo uso de la excepción por inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4o superior, el Criterio Unificado "Uso de Lista de Elegibles en el Contexto de la Ley

1960 del 27 de junio de 2019' expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil el 16 de enero de 2020, por las razones expuestas en los argumentos de derecho" (Sic).

3.- Actuación procesal

3.1.- El día 27 de enero de 2021, Laura Vanessa Cantillo Rhenals presentó solicitud de tutela en contra de la CNSC y del ICBF, por considerar que dichas entidades vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al acceso a cargos públicos, al trabajo y a la confianza legítima.

3.2.- Repartido el asunto, el Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena admitió la tutela el 28 de enero de 2021. Posteriormente, mediante sentencia del 9 de febrero del corriente año, tuteló los derechos fundamentales de la señora Cantillo Rhenals, decisión que fue objeto de impugnación por parte del ICBF.

3.3.- Al conocer del asunto en segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil Familia, mediante auto del 19 de marzo de 2021, decidió declarar la nulidad de lo actuado en el trámite de la tutela referido a partir del auto admisorio del 28 de enero del corriente año, proferido por el Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena, al advertir que no fueron vinculados al trámite todos los elegibles que integran las listas conformadas dentro de la Convocatoria 433 de 2016 para proveer las vacantes de *"Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17".* Asimismo, ordenó remitir el expediente al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena al comprobar que éste había asumido y resuelto una solicitud de tutela dirigida contra idénticas entidades y que perseguía la protección de los mismos derechos fundamentales de otro integrante de la lista adoptada mediante Resolución No. 20192230050135 del 13 de mayo de 2019, relativa a la Convocatoria 433 de 2016.

3.4.- Remitido el asunto, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, mediante auto del 7 de abril de 2021, admitió la demanda y ordenó la vinculación al trámite de tutela a las personas que se encuentran en las listas de elegibles para el cargo de Defensor de Familia, Grado 17 en aquellos municipios donde no se llevó a cabo la oferta pública, pero existe el cargo a que hace referencia la Convocatoria 433 de 2016.

3.5.- Seguidamente, a través de auto de fecha 13 de abril de la presente anualidad, el fallador de primer nivel, ordenó requerir al Juzgado Octavo Administrativo de Cali, Valle del Cauca, ello, teniendo en cuenta que una vez observó el informe allegado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, estableció que el mencionado despacho profirió decisión en el proceso constitucional identificado con radicado N° 2020-117 que versó con similares hechos e idénticas pretensiones. El Juzgado Octavo Administrativo Oral de Cali informó acerca de la existencia del proceso de tutela promovido por las señoras Peña Parra y Rivera Espinosa contra la CNSC y el ICBF en el cual se profirieron decisiones en primera y segunda instancia, el 10 de agosto de 2020 y el 17 de septiembre del citado año, respectivamente.

3.6.- Por lo anterior, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, mediante auto del 13 de abril de 2021, ordenó remitir el expediente al Juzgado Octavo Administrativo Oral de Cali, con fundamento en el Decreto 1834 de 2015. Argumentó que, confrontadas las tutelas presentadas por las señoras Cantillo Rhenals, Peña Parra y Rivera Espinosa, se concluye que *"persiguen la protección de los mismos derechos fundamentales, presuntamente*

amenazados o vulnerados por una sola y misma acción u omisión de una autoridad pública o de un particular". En consecuencia, declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio del 7 de abril de 2021.

3.7.- La anterior decisión fue recurrida por la demandante al considerar que la presente acción constitucional no reúne los requisitos de acumulación planteados por el ICBF, recurso que fue resuelto mediante auto del 14 de abril del 2021, resolviendo no reponerla.

3.8.- Remitido el asunto, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cali, se percató que las tutelas repartidas a los dos despachos no eran idénticas, pues los demandantes se postularon a empleos identificados con números de la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- y pertenecientes a departamentos, distritos y municipios diferentes. La oferta 34243 pertenece al distrito de Cartagena y la 34702 al departamento del Huila y municipio de Neiva, listas que tienen diferentes vigencias, por lo que mediante auto del 19 de abril de 2021, ordenó remitir el expediente al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, con fundamento en el Decreto 1834 de 2015. Adicionalmente, propuso un conflicto negativo de competencia en caso de no aceptarse lo decidido.

3.10.- Al recibir nuevamente las diligencias el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, mediante proveído del 21 de abril de 2021, reiteró los argumentos expuestos en los autos del 13 y 14 de abril de 2021 sobre la figura de acumulación de tutelas y decidió remitir el asunto a la Honorable Corte Constitucional, para que sea dicha autoridad quien dirima el conflicto de competencia propuesto.

3.11.- El Alto Tribunal Constitucional, mediante auto de fecha 06 de agosto del 2021, dirimió el conflicto de competencia planteado, asignando el conocimiento de este asunto al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esta ciudad, pues la H. Corte consideró que en el presente caso no se cumple con la identidad de objeto necesaria para configurar la hipótesis de la tutela masiva. Esto, porque las tutelas no comparten un mismo y único interés y pretensión, pues mientras la aquí accionante solicita el uso de la lista de elegibles Resolución CNSC No. 20192230050135 del 13 de mayo de 2019, en la solicitud de amparo conocida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Cali, las demandantes solicitaron el uso de la lista de elegibles Resolución CNSC No. 20182230072735 del 17 de julio de 2018.

4.- Informes rendidos

4.1.- Informe rendido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Edgar Leonardo Bojacá Castro, en calidad de jefe de la oficina asesora jurídica de la entidad accionada, comentó que la acción de tutela promovida por la demandante, ya fue objeto de pronunciamientos en primera y segunda instancia, no obstante, el Tribunal Superior del Distrito de Cartagena Sala Civil-Familia resolvió declarar la nulidad de todo lo actuado y remitir el expediente en su totalidad al despacho del primer nivel, conservando la validez de las pruebas allí recaudadas. En este orden de ideas, anota que, sobre la reglamentación de los concursos de mérito y la aplicación del Criterio Unificado para el Uso de Listas de Elegibles, ya fue abordado en detalle a través de escritos de defensa allegados por el ICBF. Por lo anterior, no serán el objeto principal dentro de este informe.

De otra arista, solicita que se desestimen las pretensiones de la accionante, teniendo en cuenta dos aspectos principales, veamos:

1.- Solicitud De Acumulación: La parte demandada, solicita que en virtud de lo establecido en el Decreto 1834 de 2015, "*Por el cual se adiciona el Decreto número 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Justicia y del Derecho, y se reglamenta parcialmente el artículo 37 del Decreto número 2591 de 1991, en lo relativo a las reglas de reparto para acciones de tutela masivas*", pide que las presentes diligencias sean remitidas para su acumulación con el expediente que conoce el Juzgado Octavo Administrativo de Cali-Valle del Cauca bajo radicado 2020-117 cuyas accionantes son las señoras Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa, quienes presentaron acción de tutela con similares hechos e idénticas pretensiones, y dentro de la cual se profirió orden relacionada con realizar lista unificada para la provisión de empleos Defensor de Familia Grado 17 Código 2125, en donde comprende tanto a las listas que perdieron vigencia, como a las que se encuentran vigentes.

2.- Imposibilidad jurídica de dar cumplimiento a una nueva orden judicial: Informa que el ICBF cuenta con ciento setenta y siete (177) vacantes definitivas del empleo denominado Defensor de Familia a nivel nacional, las cuales deben ser provistas de la siguiente manera:

Señala que el ICBF registró cincuenta (53) vacantes en el aplicativo SIMO de la CNSC, que correspondieron a las vacantes que deberán ser provistas en cumplimiento del Criterio Unificado, es decir, todas aquellas vacantes que se generaron con posterioridad a la convocatoria y que cumplen con los requisitos allí establecidos, *igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica,* a través del uso directo de listas de elegibles. Aclara que estas cincuenta y tres (53) vacantes no están disponibles, toda vez que el ICBF dio inicio a la actuación administrativa, esto es, realizando la respectiva solicitud de uso de listas y actualmente se encuentran a la espera de autorización por parte de la CNSC, para proceder con los nombramientos en periodo de prueba de quienes les asistió el derecho para ser nombrados en estas ubicaciones.

Ahora bien, con relación a las ciento veinticuatro (124) vacantes que fueron registradas en el aplicativo SIMO correspondientes al empleo Defensor de Familia, sobre las cuales no era viable dar aplicación al Criterio Unificado y las cuales serían ofertadas en nueva convocatoria. Fueron objeto de fallo de tutela proferido el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, dentro de la tutela promovida por las señoras Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa, el pasado 20 de septiembre de 2020. Por lo anterior, las ciento veinticuatro (124) vacantes definitivas, deberán ser provistas conforme lo ordenado en dicho fallo constitucional.

Señala la autoridad, que en cumplimiento a dicho fallo, procedieron a efectuar el reporte de las 124 vacantes definitivas correspondiente al empleo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17, con las que cuenta la Entidad a nivel nacional.

Posteriormente y conforme lo ordenado, la CNSC, profirió la **Resolución No 0715 del 26 de marzo de 2021,** *"Por medio de la cual se da cumplimiento a la orden judicial proferida en Segunda Instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, dentro de la Acción de Tutela promovida por las señoras Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el marco de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF"*

Señala que la anterior Resolución fue remitida al ICBF el 26 de marzo de 2021, por lo que el Instituto dio inicio al proceso de audiencias públicas de escogencia de ubicación geográfica conforme lo establecido en la Resolución No 7382 del 20 de junio de 2018 "*Por la cual se reglamenta la realización de audiencias públicas, para escogencia del Centro Zonal o Grupo Interno de Trabajo, dentro de la misma ubicación geográfica municipal en desarrollo de la Convocatoria 433 de 2016 y se hace una delegación".* Donde se puede constatar que la totalidad de las vacantes serán provistas con los elegibles que ocupan las primeras 124 posiciones.

Afirma la autoridad demandada, que en la actualidad, el Instituto inició la proyección de los actos administrativos de nombramiento en periodo de prueba de los ciento veinticuatro (124) elegibles que se encuentran en Resolución No 0715 del 26 de marzo de 2021, precisando que, de no aceptarse el nombramiento por parte de alguno de ellos, se continuara en estricto orden de mérito, teniendo en cuenta que la lista está conformada por 647 elegibles.

En ese orden de ideas, aseguran que respecto de las ciento veinticuatro (124) vacantes definitivas del empleo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 con las que cuenta el ICBF, deberán ser provistas única y exclusivamente con la lista de elegibles conformada por la CNSC mediante la Resolución No 0715 del 26 de marzo de 2021.

Por todo lo anterior, la autoridad accionada solicita que se ordene la acumulación de las tutelas y en consecuencia pide que se remita el expediente de la accionante al Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, además, solicita que se declare dentro de la presente acción de tutela la configuración del fenómeno de cosa juzgada, asimismo que se declare la improcedencia o en el evento en que sea procedente se niegue el amparo.

4.2.-Informe rendido por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Jhonatan Daniel Alejandro Sánchez Murcia, en calidad de asesor jurídico de la entidad accionada, al descorrer el traslado de la presente acción, manifestó inicialmente que el presente caso carece de los requisitos constitucionales y legales necesarios para su procedencia, por cuanto, considera que la inconformidad de la accionante radica en la normatividad que rigen los concursos y el uso de las listas de elegibles, respecto a los cuales posee mecanismos de defensa idóneos para controvertirlos y además, señala que no evidenciaron que la actora haya demostrado la inminencia, urgencia, gravedad y carácter impostergable del amparo que reclama.

Indica que, una vez consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad- SIMO, constataron que durante la vigencia de la lista del ICBF han reportado la existencia de cinco (5) vacantes definitivas que cumple con el criterio de mismo empleo respecto a la lista OPEC 34243, por lo cual procedieron a autorizar el uso de la lista de elegible con los elegibles en las posiciones 14, 15, 16, 17 y 19; por lo cual, comenta que las vacantes generadas con posterioridad han sido prevista de conformidad con las reglas del proceso.

Igualmente, refieren que, una vez consultada el Banco Nacional de Lista de Elegibles, evidenciaron que durante la vigencia de la lista el ICBF reportó movilidad de la lista para las posiciones 1 y 18; por lo cual, autorizaron el nombramiento en periodo de prueba con el

elegible de la posición No. 13 de la lista OPEC 34243, en virtud de lo anterior, anota que las vacantes ofertadas que se encuentran provistas con los elegibles ubicados en las posiciones 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 ,10, 11, 12 y 13.

Asimismo, sostiene que corroboraron que la accionante ocupó la posición treinta dos (32) de la lista de elegibles conformada a través de la resolución 20192230050135 del 13 de mayo de 2019, por lo cual, la actora no alcanzó el puntaje requerido para ocupar posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo en comento, así como tampoco para las generadas con posterioridad.

Comenta que la hoy tutelante, se encuentra sujeta no solo a la vigencia de la lista sino que además al tránsito habitual de la misma, por cuanto, cuya movilidad depende de las situaciones administrativas que puedan generar vacantes definitivas en el ICBF.

Anota que para este caso en concreto no resulta razonable hacer uso de la lista de elegibles referenciada, ya que sobre el acto administrativo no se ha solicitado su autorización por parte del ICBF y asimismo, la demandante no es quien continúa en el orden de mérito.

En razón de lo expuesto, solicita que sea declarada la improcedencia de la presente acción constitucional, por cuanto, consideran que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales de la accionante.

4.3.- Informe rendido por el Juzgado Octavo Administrativo de Cali, Valle del Cauca.

Mónica Londoño Forero, en calidad de titular del despacho accionado, manifestó que efectivamente les correspondió por reparto la acción de tutela de radicado No.76001-33-33-008-2020-00117-00, instaurada por las ciudadanas Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa en contra de CNSC y ICBF, con fundamentos facticos que describían que mediante el Acuerdo No. 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016, la CNSC convocó concurso abierto de mérito para proveer definitivamente los empleos vacantes en la planta permanente del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF por medio de la convocatoria No. 433 de 2016.

Exponen que las accionantes se inscribieron en la citada convocatoria para optar por una de las vacantes para el empleo identificado con el numero **OPEC3 34702,** nivel: profesional, denominado: defensor de familia, grado 17, código 2125, departamento y municipio: Huila-Neiva, asignación salarial $4, 019,424.

Seguidamente, narra *in extenso* las actuaciones surtidas por dicho asunto constitucional tanto en primera como en segunda instancia.

4.4.- Se tiene además que dieciséis (16) ciudadanos, allegaron memoriales en el presente trámite tutelar, en virtud a ello, y en aras que algunas de dichas misivas son similares se traerán a colación de manera conjunta.

4.4.1.- Memoriales allegados por los ciudadanos Fernando Quijano Martínez, Adriana Consuelo Carrillo Suarez, Viviana Carolina Osorio Vera, Olga Judith Corredor Díaz, Juan Carlos Pérez Luna, Pablo Arturo Erazo Ríos, Luz Enith Agudelo Amador y Erika Tatiana González Celis.

Los ciudadanos arriba mencionados luego de esbozar los mismos argumentos traídos a colación por la hoy demandante, coincidieron en solicitar que se suspenda el cumplimiento de la Resolución N° 0715 de 2021, proferida por la CNSC en observancia al fallo de tutela emitido en segunda instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, hasta tanto se profiera una decisión de fondo en el presente trámite tutelar, pues, considera que si se realiza los nombramientos se estaría afectado inminentemente los derechos de quienes participaron en la referente convocatoria.

4.4.2.-Memorial allegado por Carolina Barragan Camargo.

El 8 de abril de la presente anualidad, la ciudadana Carolina Barragan Camargo, solicito que se tuviera en cuenta el fallo de tutela proferido por esta Colegiatura, el día 09 de marzo hogaño.

Resalta que, en estos momentos no forma parte de la lista unificada dentro de las OPECS del cargo de defensor de familia, grado 17, código 2125, ya que la resolución No. 0715 de 2021 expedida por CNSC en el cumplimiento del fallo de tutela del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, solo tuvieron en cuenta la lista vigente para el 30 de julio del 2020.

Por lo anterior, considera que está siendo vulnerando sus derechos a la igualdad, debido proceso, meritocracia, seguridad jurídica y confianza legítima, en consecuencia, solicita que sean protegidos.

4.4.3.-Memorial allegado por María Julia Puerta Corena.

Por medio de memorial de fecha 13 de abril de 2021, la señora Puerta Corena, manifestó que coadyuvaba los hechos, pretensiones y pruebas del presente trámite tutelar, ello, en razón de que considera que se encuentran fundamentados en la ley y la jurisprudencia.

Considera que, el criterio unificado de fecha 16 de enero de 2020 de la CNSC, es contrario a lo consignado en la Ley 1960 de 2019 y que es igualmente, contrario a lo dispuesto en el artículo 125 de la constitución política y la jurisprudencia.

4.4.4.- Memorial allegado por María Fernanda Salazar Genoy, Rosana Realpe Buch y Maritza Silva Rangel.

A través de memorial las señoras Salazar Genoy, Realpe Buch y Silva Rangel, considera que esta acción de tutela debe ser declarada improcedente, por cuanto, ya existe una lista general de elegibles para los elegibles de la convocatoria No.433 de 2016 del ICBF, que se postularon a las vacantes denominadas defensor de familia, código 2125 de grado 17, como resultado de la orden proferida por el Tribunal Contencioso Administrativa del Valle del Cauca.

4.4.5.- Memorial allegado por Erick Johann Aguilar Noriega.

A través de memorial, el ciudadano Erick Johann Aguilar Noriega, solicitó que se tenga en cuenta el precedente constitucional de la sentencia T-946 de 2011, en la cual se adoptó los efectos *inter comunis* para proteger los derechos de todos los afectados por una misma

situación de hecho o derecho en condición de igualdad; en razón de que considera que el problema jurídico de la presente acción, se fundamenta en la controversia de un acto administrativo (el criterio unificado del 16 de enero de 2020 y el del 22 de septiembre de la misma anualidad para el uso de las listas de elegibles), el cual fue declarado inconstitucional y por ello, sostiene que acudir al medio de control simple nulidad resultaría inocuo e ineficaz.

Considera que no es cierto lo que pregonan las entidades accionadas sobre que la aplicación de la Ley 1960 de 2019 que sería retroactiva, por cuanto, su enunciado señala que las listas de elegible se aplicaran para cargos que incluso se creen con posterioridad a la convocatoria, lo cual considera que encaja con la situación fáctica de la presente tutela.

Sostiene que desatender lo dispuesta en el artículo 125 de la constitución política, seria ignorar el sistema de carrera como principio constitucional.

4.4.6.- Memorial allegado por Yeimy Lorena Vera Peña.

El 22 de septiembre hogaño, la ciudadana Vera Peña, manifestó que actualmente se encuentra en la lista de elegibles, la cual cuenta con firmeza, por lo tanto, tiene derecho particular y concreto para ser nombrada en periodo de prueba y posesionada en el cargo de defensor de familia, además, comenta que la entidades accionadas debe de estar realizando las actuaciones administrativas pertinentes para realizar las audiencias de escogencia de plaza.

Señala que se ofertaron 104 vacantes y por lo tanto, deben ser nombrados los 104 elegibles que ocupan los primero lugares, ya poseen un derecho adquirido particular y concreto para ser nombrados en periodo de prueba y asimismo, anota que la persona que ocupa el lugar 105 tiene es una expectativa de nombramiento.

Finalmente, solicita que se tutelen sus derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso administrativo, y acceso a cargos de carrera administrativa por medio de concurso de mérito y en consecuencia, se imparta las siguientes órdenes:

"Se ordene a las entidades accionadas realizar las actuaciones administrativas para usar la lista de elegibles Resolución No 0512 del 3 de marzo del 2021 adoptada por la Comisión Nacional del Servicio Civil en cumplimiento del fallo de tutela proferido por el Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena.

Se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el término improrrogable de 48 horas realizar las actuaciones administrativas para proveer las vacantes definitivas del empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar usando la lista de elegibles expedida mediante RESOLUCIÓN № 0512 del 3 de marzo de 2021 en la cual ocupo la posición No. 65.

En consecuencia, de lo anterior, se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar adelantar en un término improrrogable de 48 horas, la ejecución de todas las actuaciones administrativas a que haya lugar para mi nombramiento y el de los demás elegibles que conforman mi lista de elegibles mencionada en el hecho anterior.

Se me dé a conocer el listado de vacantes definitivas a proveer del empleo denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17.

ORDENAR al ICBF realizar la audiencia pública con el fin de escoger plazas y posteriormente emitir nombramiento Defensor de Familia, grado 17 código 2125, dentro de las vacantes que ostenta en todo territorio nacional" (Sic).

4.4.7.- Memorial allegado por Milena Johanna Márquez Remolina.

A través de memorial de fecha 21 de septiembre de 2021, la señora Márquez Remolina, solicitó que sean amparados los derechos fundamentales invocados por la accionante y además, se concedan cada una de las peticiones solicitadas por la misma.

4.4.8.- Memorial allegado por Marlon Gonzalo Bautista Avendaño.

El ciudadano Bautista Avendaño, señaló que actualmente se está llevando a cabo proceso de nombramiento de los diferentes cargos con fundamentos en la lista creada a partir de la resolución No.715 de 2021 expedida por la CNSC, por ello, considera que si no se protegen los derechos fundamentales invocados se le estaría impidiendo la posibilidad de ser nombrado en carrera administrativa, ya que no hace parte de la mencionada lista.

Además, comenta que por lo menos en 15 fallos de tutela de segunda instancia de diferentes tribunales se ha resuelto aplicar con efectos retrospectivos la Ley 1960 de 2019 y, en consecuencia, apartan sus decisiones de la aplicación del criterio unificado del 16 de enero de 2020 por inconstitucional.

4.- Decisión impugnada

Mediante proveído de fecha 28 de septiembre de 2021, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, resolvió *negar por improcedente* la acción de tutela instaurada por la ciudadana Laura Vanesa Cantillo Rhenals, en virtud de los siguientes argumentos:

Consideró el fallador de primera instancia, que el problema jurídico en este caso, se circunscribe en determinar, si las entidades ICBF y la CNSC han vulnerado los derechos fundamentales de la demandante al acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso, al omitir su nombramiento, en el cargo de Defensor de Familia Código 2125, Grado 17, para el que concursó y según OPEC 34243 de la ciudad de Cartagena, la accionante se encuentra actualmente en la posición N°13.

Bajo ese entendido, señalo el *a quo*, que el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019 dispone que esta "rige a partir de su publicación", lo cual ocurrió el 27 de junio de 2019, como consta en el Diario Oficial No. 50.997, por lo que solo puede regir hacia futuro, es decir, a procesos de selección o concursos que inicien con posterioridad a la referida fecha.

Señalo el operador judicial, que tal como se indicó en el texto de la Ley 1960 de 2019, que la misma era retroactiva o retrospectiva, esta sólo se puede aplicar a procesos de selección iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia (27 de junio de 2019). Afirmó que si el legislador hubiese querido darle un efecto diferente así habría procedido, pero no corresponde al Juez de tutela sustituir al legislador, y menos sin siquiera cumplir la carga de argumentación suficiente de una excepción de inconstitucionalidad.

Aseguro el juez cognoscente, que en este caso no es procedente aplicar la retrospectividad de la Ley 1960 de 2019, en atención a que dicho fenómeno solo procede *"frente a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa",* situación que no se da en el sub júdice, ya que nos encontramos frente a un hecho rotundamente consolidado, pues las etapas de la Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF ya se encuentran agotadas.

De conformidad con lo expuesto, manifestó que las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un numero de OPEC.

Finalmente, consideró el *a quo* que la actora dispone de mecanismos judiciales eficaces e idóneos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo para controvertir la tesis planteada, puesto que, se advierte que no ha puesto en marcha las vías ordinarias, pese a la prolongación la situación presentada y asimismo, señaló que la tutelante no demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

5.- La impugnación

Inconforme con la decisión proferida por el Juez de primer nivel, la accionante y la ciudadana Yeimi Vera Peña, vinculada en el presente proceso, impugnaron, bajo los siguientes argumentos:

5.1.- Impugnación presentada por la accionante.

La ciudadana Laura Vanessa Cantillo Rhenals, considera que el *a quo* no tuvo en cuenta los argumentos que presentó, para proferir su decisión, por ello, sostiene que es evidente que persiste la vulneración de los derechos invocados.

Señala que el Juez fallador, no tuvo en cuenta que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no es la vía idónea ni eficaz para proteger los derechos incoados, ya que deben ser protegidos de forma urgente.

Comenta que el presente asunto fue repartido inicialmente al Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena, el cual profirió sentencia el 9 de febrero hogaño y subsiguientemente, la Sala Civil-Familia de este Tribunal, mediante auto de fecha 19 de marzo de 2021, declaró la nulidad de lo actuado por indebida integración del contradictorio y además, ordenó la remisión al Juzgado Cuarto Penal de Circuito de Cartagena, en razón de que había asumido y resuelto un trámite tutelar con identidad de objeto, causa y sujeto pasivo, de radicado No.13001310400202000680 2 de fecha 09 de marzo de 2021, el cual posteriormente fue igualmente conocido por esta Colegiatura a través del despacho del Magistrado Francisco

Pascuales, quien procedió a revocar el fallo de primer nivel y resolver de fondo, tutelando los derechos de la accionante.

En razón de lo anterior, solicita que en el presente trámite se de aplicación del precedente judicial citado, teniendo en cuenta el alcance y el carácter vinculante que posee de acuerdo a la definición de la sentencia SU-354 de 2017 de la Corte Constitucional.

Asimismo, manifiesta que lo expuesto por el ICBF no es transparente, puesto que, en la respuesta que proporcionaron el 03 de marzo hogaño al Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena, informa que el total de vacantes eran de 198, de las cuales solo 98 están reportadas en el SIMO.

Añade que aparte de las 53 vacantes que serán provista por medio del cumplimiento del criterio unificado, fueron ofertados 124 cargos más, de las cuales asegura que muchas personas no han contestado y otros no han aceptado, quedando disponible 74 vacantes en las cuales puede ser nombrada.

Indica que actualmente se siguen realizando nombramientos dando aplicación al criterio unificado expedido por la CNSC, utilizando lista que se encuentra vencida, por lo cual anota que se han dado más de diez (10) nombramientos, restándole oportunidad.

En virtud de lo expuesto, asegura que si hay vacantes y todavía hay oportunidad para que pueda ser nombrada, además, de aquellas que han surgido de situaciones administrativas, como empleados pensionados, los que han renunciado o fallecido.

Finalmente, afirma que por reposición de la lista de elegibles CNSC No. 20192230050135del 13 de mayo de 2019 OPEC 34243, se encuentra en la posición No. 6, por lo tanto, solicita que el fallo de primer nivel sea revocado y en consecuencia, se tutelen sus derechos fundamentales.

5.2.- Impugnación presentada por la ciudadana Yeimi Vera Peña.

La ciudadana Vera piña, manifestó que en razón al fallo de primera instancia se encuentra en un estado de indefensión, puesto que, no comparte las consideraciones tomadas por el *a quo*, además, considera que no se tuvo en cuenta su intervención como tercera interesada, ya que no se dio un pronunciamiento de fondo sobre las mismas.

Sostiene que el Juez de primer nivel se limitó únicamente y exclusivamente a decir que la presente acción de tutela es improcedente, en virtud de que existe otro medio de defensa, sin embargo, aduce que este incumplió su obligación y responsabilidad, por cuanto, no se abordó en el fallo la vulneración de sus derechos fundamentales, es por ello que asegura que el juez fallador vulneró el principio al debido proceso y el derecho a la defensa. Por lo anterior, solicita que se dé un pronunciamiento de fondo sobre sus solicitudes.

5.3.- Seguidamente, a través de memorial denominado *"escrito adición de impugnación",* la accionante solicitó que se tenga en cuenta el precedente judicial que contiene situaciones fácticas y jurídicas, idénticas al caso que nos ocupa, proferido por esta Sala, en sentencia identificada con el radicado N° 13-001-31-04-000-2020-00068-02 de fecha nueve (09) de marzo de dos mil veintiuno (2021), con ponencia del Dr. Francisco Antonio Pascuales,

decisión donde se determinó la revocatoria del fallo de primera instancia proferida por el juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, resolviendo de fondo y tutelando los derechos del accionante.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1.- Competencia

Esta Corporación es competente para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta en contra de la decisión de tutela adoptada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, del cual es su superior funcional, tal y como lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

6.2.- Problema jurídico

Del análisis en contexto, de la acción constitucional, la Sala deberá determinar si debe inaplicarse por inconstitucional el concepto unificado de fecha 16 de enero de 2020, mediante el cual la CNSC estableció que para poder utilizar listas de elegibles para proveer cargos no ofertados en la convocatoria inicial, deben ser cargos que se encuentren en la misma ubicación geográfica del convocado.

6.3.- De la acción de tutela

La acción de tutela es un mecanismo concebido para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando en el caso concreto de una persona, por acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en los casos expresamente señalados por la ley, tales derechos resulten amenazados o vulnerados sin que exista otro medio de defensa judicial o, existiendo éste, si la tutela es utilizada como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable.

6.4.- La Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo

El Alto Tribunal Constitucional en la Sentencia T – 340 de 2020, abordó el tema relacionado con la aplicación en el tiempo de la Ley 1960 de 2019, de la siguiente manera:

El 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019, *"Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones"*. En ella se alteraron figuras como el encargo, se dispuso la profesionalización del servicio público, se reguló la movilidad horizontal en el servicio público y, en particular, respecto de los concursos de méritos, se hicieron dos cambios a la Ley 909 de 2004. El primero de ellos consistió en la creación de los concursos de ascenso, para permitir la movilidad a cargos superiores de funcionarios de carrera dentro de la entidad, así, en la referida ley, se establecieron unas reglas puntuales para la procedencia de estos concursos y se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los seis meses siguientes contados a partir de su expedición, debía determinar el procedimiento para que las entidades y organismos reportaran la OPEC, para viabilizar el referido concurso.

El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas *"vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de*

concurso en la misma entidad". Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación.

Como se aprecia, el cambio incluido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, comporta una variación en las reglas de los concursos de méritos, particularmente en relación con la utilización de las listas de elegibles. Así, la normativa anterior y la jurisprudencia constitucional sobre el tema, partían de la premisa de que la norma establecía que las listas de elegibles únicamente podrían usarse para los cargos convocados y no otros, a pesar de que con posterioridad a la convocatoria se generaran nuevas vacantes definitivas. Con ocasión de la referida modificación, La Corte procedió a definir la aplicación en el tiempo de dicha norma, comoquiera que, su uso, en el caso concreto, *prima facie*, proveería un resultado distinto de aquel que podía darse antes de su expedición, no solo debido al cambio normativo, sino también a la consecuente inaplicabilidad del precedente señalado de la Corte respecto del uso de la lista de elegibles, ya que la normativa en la cual se insertaron esos pronunciamientos varió sustancialmente.

Previo a realizar este análisis, es preciso recordar que en otras ocasiones el legislador ha establecido, para casos concretos, que las listas de elegibles deben ser usadas para proveer los cargos convocados, así como aquellas vacantes de grado igual, correspondientes a la misma denominación. Este es el caso de la Ley 201 de 1995[1], que, para el caso de la Defensoría del Pueblo, estableció la aplicabilidad de dicha regla. Esta ley fue demandada en ejercicio de la acción pública de constitucionalidad y en la Sentencia C-319 de 2010[2] se decidió su exequibilidad[3]. Uno de los argumentos que explican la validez de la referida norma es que con ella se logran los principios de la función pública, particularmente los de economía, eficiencia y eficacia, en tanto permite hacer más eficiente el uso del talento humano y de los recursos públicos, ambos escasos para el caso de la Defensoría del Pueblo. Es innegable que la obligación de uso de listas de elegibles vigentes para proveer cargos de igual denominación pero no convocados, en el contexto expuesto, busca garantizar el mérito como criterio exclusivo de acceso a cargos públicos, ya que únicamente se podrá nombrar en las vacantes a las personas que hayan superado todas las etapas de la convocatoria y, además, sean los siguientes en orden de la lista, después de haberse nombrado a las personas que ocuparon los primeros lugares para proveer los cargos ofertados. Adicionalmente, ello permite un uso eficiente de los recursos públicos y del recurso humano, con lo cual se garantiza la plena vigencia los principios que rigen la función administrativa.

Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma, por lo que se deberá definir si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley.

---

[1] "Por la cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, y se dictan otras disposiciones"

[2] M.P. Humberto Sierra Porto.

[3] En esta providencia se decidió declarar inexequible únicamente la expresión "inferior", que permitía que las listas de elegibles también fueran usadas para proveer cargos de este tipo.

El primero de estos fenómenos, esto es, la retroactividad, se configura cuando la norma expresamente permite su aplicación a situaciones de hecho ya consolidadas. Por regla general está prohibido que una ley regule situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, en respeto de los principios de seguridad jurídica y buena fe[4], así como del derecho de propiedad.

Por otro lado, el fenómeno de la ultractividad consiste en que una norma sigue produciendo efectos jurídicos después de su derogatoria, es decir *"se emplea la regla anterior para la protección de derechos adquiridos y expectativas legítimas de quienes desempeñaron ciertas conductas durante la vigencia de la norma derogada, no obstante existir una nueva que debería regir las situaciones que se configuren durante su período de eficacia por el principio de aplicación inmediata anteriormente expuesto"*[5].

Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso *sub-judice*. El último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la **retrospectividad**, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, *"pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva"*[6]. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia.

Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.

Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles "*se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer*"[7]. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen **un derecho subjetivo** y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004[8].

---

[4] Ver, Sentencia 402 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz y Sentencia T-389 de 2009, M.P. Humberto Sierra Porto.
[5] Sentencia T- 525 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
[6] Sentencia T-564 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.
[7] Sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
*[8] La norma en cita dispone que: "**ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio**. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; // b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa; (…) d) Por renuncia regularmente aceptada; // e) Retiro por*

Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso.

Por último, se aclara que en este caso no se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto de los potenciales aspirantes que podrían presentarse a los concursos públicos de méritos para acceder a los cargos que ahora serán provistos con las listas de elegibles vigentes en aplicación de la nueva ley. En efecto, tanto la situación de quienes tienen derechos adquiridos como de quienes aún no han consolidado derecho alguno, están reservadas para las personas que conformaron las listas de elegibles vigentes al momento de expedición de la ley, de manera que el resto de la sociedad está sujeta a los cambios que pueda introducir la ley en cualquier tiempo, por cuanto, en esas personas indeterminadas no existe una situación jurídica consolidada ni en curso.

Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante, posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que *"las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019,* ***deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad*** *y que correspondan a los* ***"mismos empleos",*** *entiéndase con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."*[9].

---

haber obtenido la pensión de jubilación o vejez [Declarado EXEQUIBLE por la Corte en Sentencia C-501 de 2005, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.] // f) Por invalidez absoluta; // g) Por edad de retiro forzoso; // h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario; // i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo [Declarado EXEQUIBLE por la Corte en Sentencia C-1189 de 2005, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.] // j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen; // k) Por orden o decisión judicial; // l) Por supresión del empleo; // m) Por muerte; // n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes."

[9] *Énfasis por fuera del texto original, Consultado en: https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos.*

En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.

7.- Del caso en concreto

Conforme a los antecedentes de esta providencia, encuentra la Sala, que la pretensión principal de la accionante Cantillo Rhenals, busca que se ordene a las entidades demandadas autorizar el uso de la lista de elegibles conformada mediante resolución 20192230050135 de 13 de mayo de 2019 OPEC 34243 para suplir los cargos de Defensor De Familia código 2125 grado 17 en vacancia definitiva, en provisionalidad, encargo o desierto, en todo el territorio nacional.

Precisado ello, y en aras de abordar de manera efectiva el presente asunto constitucional, la Sala considera necesario generar unas precisiones trascendentales para el desarrollo de la presente decisión, veamos:

1.- Encuentra la Sala que la demanda de amparo que hoy concita nuestra atención, guarda identidad de *causa, objeto y parte pasiva* con la acción constitucional resuelta por esta Colegiatura en segunda instancia en data 09 de marzo del presente año, identificada con el radicado N° 13-001-31-04-000-2020-00068-02, accionante: Rodrigo Faciolince Mieles. Razón por la cual de entrada se advierte que esta demanda de amparo estaba llamada a acumularse con dicho trámite, fundamento que utilizó la Sala civil Familia de este Tribunal para remitir en su oportunidad las presentes diligencias al Juzgado que conoció el asunto en primera instancia, esto es, Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, no obstante, al recibir el presente asunto dicha célula judicial ya había proferido sentencia de tutela en el caso del ciudadano Faciolince Mieles, por ello, procedió entonces a asumir el conocimiento de este nuevo trámite.

2.- Ahora, podría pensarse además que la formula en el presente caso es que la actora se *atenga* a lo resuelto en la sentencia de tutela emitida por esta Sala en data 09 de marzo hogaño, sin embargo, los efectos de tal decisión no cobijan a la hoy actora, pues muy a pesar que hace parte de la misma lista de elegibles del ciudadano Faciolince Mieles, accionante en aquel trámite, lo cierto es que de las pruebas obrantes en el expediente no existe elemento alguno que permita inferir que la ciudadana hoy convocante haya sido notificada y/o enterada en debida forma de aquella acción constitucional, dado que si bien existió una *vinculación general*, tal como se aprecia en la orden emanada en el auto admisorio de aquella demanda *"Comisión Nacional del Servicio Civil y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, notifique de la presente vinculación a la acción constitucional a las personas, a nivel nacional del cargo de Defensor de Familia Grado 17 en aquellos municipios donde no se llevó a cabo la oferta publica, pero actualmente existe el cargo a que hace referencia la Convocatoria 433 de 2016."* (Sic). Lo cierto es que no existe prueba alguna que la ciudadana hoy demandante fue notificada de forma directa y/o real.

3.- Se tiene además, que por una impugnación presentada por la ciudadana Sandra Arroyo Ballestas que fue repartida a esta Sala el día 15 de octubre hogaño, la cual se encuentra pendiente por resolver y que comparte identidad de *causa, objeto y parte pasiva* que el asunto materia de estudio, se evidencia en las pruebas obrantes en el aquel expediente, que la orden constitucional emanada por esta colegiatura en la sentencia de tutela de fecha 09 de marzo del 2021, viene siendo cumplida, en tanto, la Comisión Nacional del Servicio Civil manifestó y probó haber emitido el oficio de fecha 05 de mayo del 2021 con radicado Nro. 202112110000078061 del 27 de abril de 2021, autorizando el uso de lista de elegibles conformada para el empleo identificado con el Código OPEC Nro. 34243 para proveer ocho (8) vacantes en el empleo denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 con diferente ubicación geográfica como se enuncia a continuación:

REGIONAL	DEPENDENCIA	MUNICIPIO	CARGO	CODIGO	GRADO
ANTIOQUIA	C.Z. LA FLORESTA	MEDELLIN	DEFENSOR DE FAMILIA	2125	17
BOGOTA	GRUPO DE PROTECCION	BOGOTA	DEFENSOR DE FAMILIA	2125	17
CHOCO	C.Z. QUIBDO	QUIBDO	DEFENSOR DE FAMILIA	2125	17
MAGDALENA	C.Z. SANTA MARTA NORTE	SANTA MARTA	DEFENSOR DE FAMILIA	2125	17
VALLE	C.Z. RESTAURAR	CALI	DEFENSOR DE FAMILIA	2125	17
ATLANTICO	C.Z. HIPODROMO	SOLEDAD	DEFENSOR DE FAMILIA	2125	17
NORTE SANTANDER	C.Z. CUCUTA 3	CUCUTA	DEFENSOR DE FAMILIA	2125	17
VICHADA	C.Z. PUERTO CARREÑO	PUERTO CARREÑO	DEFENSOR DE FAMILIA	2125	17

Dichas vacantes fueron ofrecidas a los ciudadanos que continúan en lista, esto es:

POSICIÓN EN LA LISTA	RESOLUCIÓN	ENTIDAD	EMPLEO	PUNTAJE	CÉDULA	NOMBRE	FIRMEZA
20[1]	20182020074235 del 18 de julio de 2018	ICBF	34243	70,64	1102843685	MARÍA JULIA PUERTA CORENA	31 de julio de 2018
21				70,39	45530267	GILMA ROSA OSPINO BARRIOS	
22				70,1	73144627	RODRIGO FACIO LINCE MIELES	
23				70,08	1047424237	MARÍA ANGÉLICA OTERO VILLALBA	
24				69,91	73594292	ABRAHAN JAVIER BARROS AYOLA	
25				69,78	45781419	MARÍA MAGDALENA NAVARRO RODRÍGUEZ	
26				69,49	73202902	ELKYN DARIO CASTAÑO GÓMEZ	
27				69,33	1047369496	GERMÁN VALDELAMAR FERNÁNDEZ	

4.- Esta Sala haciendo uso de las facultades oficiosas y discrecionales conferidas por la jurisprudencia constitucional, se comunicó vía telefónica con la ciudadana Laura Cantillo Rhenals[10], con el objeto de obtener mayor información del presente caso y arrimar a una decisión acorde con la realidad, la accionante, puso de presente que actualmente por recomposición se encuentra en la posición N° 6 de la lista de elegibles, sin embargo, aseguró que no existe acto administrativo en ese sentido, señaló además, no haber sido parte y/o vinculada en el proceso constitucional adelantado por el ciudadano Rodrigo Faciolince Mieles.

5.- Se hace necesario dejar que claro que si bien para la fecha de expedición del presente fallo, la lista de elegibles a la cual pertenece la actora se encuentra vencida, lo cierto es que al momento de interponer el presente accionamiento (27 de enero del 2021), dicha lista se encontraba vigente, en tanto, la misma perdió vigor solo el día 05 de junio hogaño, mientras que las demás listas de esa convocatoria, con el mismo código y grado, pero ubicadas en otros municipios y ciudades, vencieron en el mes de julio del año 2020.

---

[10] *Abonado Telefónico 3013677747*

6.- Considera la Sala necesario dejar claro que el presente caso se circunscribirá de manera exclusiva a la lista de elegibles conformada mediante la **Resolución N° 20192230050135 de fecha 13 de mayo de 2019 OPEC 34243** para suplir los cargos de Defensor De Familia código 2125 grado 17 y de ninguna manera podrá hacerse extensivo el estudio constitucional con relación a otras listas de elegibles y mucho menos tal como lo aseguró el ICBF que la demanda de amparo debía acumularse con la acción constitucional conocida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Cali, dado que en aquel asunto las demandantes solicitaron el uso de la lista de elegibles **Resolución CNSC No. 20182230072735 del 17 de julio de 2018,** y si bien existió un pronunciamiento con relación a todas la listas de elegibles en el marco de la convocatoria N° 433 de 2016, ello, atendiendo lo ordenado en segunda instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, lo cierto es que la lista a la cual hace parte la actora fue excluida, en tanto, la parte resolutiva de esa decisión, sólo hace referencia a las listas que vencían el 30 de julio de 2020, mientras que la presente tiene una vigencia diferente (05 de junio de 2021).

7.- Teniendo claro todo lo anterior, y ante la evidente igualdad de *causa, objeto y parte pasiva* con la acción constitucional resuelta por esta Colegiatura en segunda instancia en data 09 de marzo del presente año, identificada con el radicado N° 13-001-31-04-000-2020-00068-02, accionante: Rodrigo Faciolince Mieles. Encuentra la Sala que el criterio allí sentado, resulta procedente aplicarlo al caso de marras, de cara a ello, se desarrollara la presente decisión.

Advertido lo precedente, se hace necesario determinar si la demanda de amparo cumple con los requisitos generales de procedencia.

Legitimidad por activa: En la acción de tutela que se revisa se considera que la ciudadana Laura Cantillo Rhenals se encuentra legitimada en la causa por activa para promover el amparo de sus derechos fundamentales, ya que afirma ser la directamente afectada con el actuar del ICBF y CNSC.

Legitimidad por pasiva: En el asunto objeto de estudio, no cabe duda de que la acción de tutela es procedente contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil, pues son autoridades públicas y a voces de la actora ambas se han negado a hacer uso de la Lista Elegibles Resolución CNSC No 20192230050135 del 13-05-2019 OPEC 34243, para cubrir las vacantes definitivas del cargo de Defensor De Familia Grado 17, Código 2125. Además de ello, la Comisión accionada es la encargada de administrar, por regla general, las carreras administrativas y de adelantar los concursos para proveer los cargos ofertados.

Inmediatez: En este caso, se avizora que si bien el criterio unificado proferido por la CNSC que es objeto de reproche por parte de la accionante, fue proferido el día 16 de enero de 2020, de las pruebas arrimadas a esta actuación se advierte, por un lado, que durante el año inmediatamente anterior, la ciudadana Cantillo Rhenals presentó varias peticiones a las entidades accionadas encaminadas a obtener de estas el reporte de las plazas vacantes para el cargo al que aspira, y que se encuentren ubicadas por fuera de la ciudad de Cartagena, a efectos de que dichas plazas sean provistas con la lista de elegibles a la que pertenece. En consecuencia, no puede decirse que durante este tiempo ha habido inactividad por parte de la interesada.

Además de lo anterior, debe señalarse que la lista de elegibles integrada por la accionante a la fecha de presentación de esta demanda se encontraba vigente, por lo cual, el acto administrativo que es objeto de ataque sigue produciendo efectos adversos a los intereses de aquella. En consecuencia, se cumple con el requisito de inmediatez dentro de este asunto.

Subsidiariedad: En cuanto al requisito de subsidiariedad observa la Sala que el mismo se supera, en cuanto a que la acción de tutela en este caso no pretende que se deje sin efectos el acto administrativo mediante el cual se profirió el criterio unificado de fecha 16 de enero de 2020, en cuyo caso, se tornaría evidente la existencia de un mecanismo ordinario para obtener ese propósito, el cual la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En su lugar, lo que la accionante pretende; es que se inaplique dicho concepto unificado por ser inconstitucional en su caso y, en consecuencia, se habilite el uso de la lista de elegibles que integra para proveer cargos equivalentes al cual ostenta la condición de elegible, sin que para ello importe la ubicación geográfica.

Considera la Sala que la anterior pretensión es de resorte del juez constitucional, no administrativo como erróneamente lo sostuvo el juez de primera instancia, por lo cual, se abre paso el estudio de fondo de la presente acción de tutela.

Siendo procedente al amparo, como punto de partida debe indicarse, que la accionante Cantillo Rhenals, no le asiste el derecho, sino una expectativa, de ser nombrada en el cargo de *"Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17",* identificado con el No. de OPEC 34243. Debido a que ella no ocupó ninguno de los lugares entre el primer y el décimo séptimo puesto dentro de su lista de elegibles, lo cual le hubiera significado adquirir el derecho a ser nombrada en una de las 17 vacantes ofrecidas en la ciudad de Cartagena por el ICBF dentro de la Convocatoria 433 de 2016, sino que se ubicó en el puesto No. 32. Además de ello, las ocho (8) vacantes generadas con ocasión al cumplimiento del fallo de tutela proferido por esta Sala en marzo pasado tampoco la actora logró ubicarse en una de dichas vacantes.

Debe tenerse en cuenta además, que el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019 dispone que con las listas de elegibles conformadas en un concurso de méritos se deben proveer tanto las vacantes que fueron ofrecidas en el mismo, como *"las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad".*

Ese cambio normativo, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, es decir, abre la posibilidad de que la hoy actora sea nombrada en alguna vacante definitiva de la misma naturaleza, perfil y denominación que el empleo por el cual concursó y que se haya creado en el ICBF con posterioridad a la apertura de la Convocatoria 433 de 2016.

Sin embargo, la problemática en el presente caso subyace en virtud del criterio unificado de la CNSC, de fecha 16 de enero de 2020, mediante el cual se estableció que la noción de *"cargos equivalentes"* consiste en que se traten de cargos con la misma OPEC o *"mismo empleo"*, esto es, que sean del mismo código, grado, asignación mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica, mismo grupo de aspirantes y denominación.

Específicamente, se duele la actora de la renuencia por parte del ICBF y de la CNSC de utilizar la lista a la que pertenece para proveer vacantes de cargos equivalentes en otros municipios, que se encuentren en estado de vacancia definitiva, en encargo, desierto o provisto en provisionalidad, bajo el argumento de no cumplir con el requisito de la misma ubicación geográfica, reiterándose que el cargo de Defensor de familia, código 2125 grado 17, fue ofertado mediante diferentes OPECS asignadas por municipio, a pesar de que la planta personal del ICBF es global.

Pues bien, con el propósito de establecer si la noción de *"mismo empleo"*, que impuso la CNSC mediante criterio unificado de fecha 16 de enero de 2020, realiza una restricción inconstitucional al concepto de *"cargos equivalentes"* establecido en la ley 1960 de 2019, debe comenzar por decirse que dicha ley no se ocupó de aclarar lo que se debía entender por cargos equivalentes. En consecuencia, debe interpretarse ese concepto a efectos de establecer cuál es el significado que mejor se ajusta al principio de carrera administrativa establecido en el art. 125 de la Constitución Política.

Para resolver el anterior planteamiento, debe traerse a colación el Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, que al respecto establece *"ARTÍCULO 2.2.11.2.3 Empleos equivalentes. Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente."*

Constata la Sala que, en efecto, la CNSC está dando un alcance contrario a lo pregonado por la referida disposición legal, pues esta es clara, en su tenor literal, al referirse a cargos equivalentes, en una acepción más amplia que la emanada de la Comisión.

Ahora bien, de lo anterior surge el interrogante de si la CNSC estaba habilitada constitucionalmente para restringir el alcance de la noción de cargos equivalentes, a la cual, debe la Sala dar una respuesta negativa, bajo la consideración de que el art. 84 de la C.P., establece que *"cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio".*

En este punto, conviene aclarar que si bien, a través de sendos pronunciamientos sobre la materia, recientemente reafirmada mediante fallo T- 340 de 2020, la Corte Constitucional se ocupó de reivindicar la potestad de reglamentación que le asiste a la CNSC respecto a los pormenores de las convocatorias para el ingreso al sistema de carrera administrativa, advierte la Sala que tal consideración se hizo bajo la premisa de que el tema en específico que era objeto de regulación por parte de la Comisión presentara un vacío legal, lo cual, activaba dicha facultad de reglamentación en cabeza de la CNSC.

Sin embargo, como en este caso se advierte la existencia de una ley que regula la materia, concluye la Sala que la referida jurisprudencia de la Corte Constitucional no resulta aplicable a este caso.

Así las cosas, arriba la Sala a la conclusión que la exigencia de un cargo equivalente no comporta que se trate de una igualdad absoluta de un empleo, en el que confluyan todos los factores exigidos en el criterio unificado de fecha 16 de enero de 2020, pues estas exigencias adicionales constituyen una limitación injustificada a la normatividad en cita, y se opone a la verdadera finalidad de la carrera administrativa, consagrada en el art. 125 Superior, por cuanto entorpece la provisión mediante el sistema de méritos respecto a muchos cargos que no logran superar los requerimientos impuestos por la CNSC.

En ese orden de ideas, se concluye entonces que la aplicación del criterio unificado de fecha 16 de enero de 2020, en el caso en concreto de la accionante, ha vulnerado el debido proceso administrativo que le asiste al interior del proceso de selección en el que participa, al negarse la CNSC a adelantar las gestiones pertinentes para la utilización de la lista de elegibles que integra para proveer cargos equivalentes con diferente ubicación geográfica.

Al respecto, vale la pena agregar que se encuentra acreditado al interior de esta actuación que el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, no registra diferencias de funciones en razón a su ubicación geográfica. Pues una vez consultado los manuales de funciones de la entidad[11], se pudo constatar que el manual de funciones para el cargo de Defensor de Familia es único.

Bajo tales condiciones, lo que le corresponde a las entidades accionadas es adelantar las gestiones necesarias para proveer la totalidad de los cargos equivalentes vacantes o desiertos, que no hayan sido convocados en el proceso de selección en cuestión, sin importar la ubicación geográfica.

Ahora, si bien en el pasado existió una orden en idéntico sentido emitida por esta Sala, tal como se anotó líneas arriba, la misma no puede ser extensiva a la hoy actora, en tanto en aquel trámite constitucional la demandante no fue participe ni existe una vinculación efectiva que le permitiera elevar solicitud alguna.

Además lo anterior, la Sala no olvida que el ICBF en el informe rendido al presente trámite, manifestó que existía una *imposibilidad de cumplir una nueva orden judicial,* puntualmente, sostuvo que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en sentencia proferida el día 17 de septiembre de 2020, dentro de la acción de tutela promovida por las señoras Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa, con el fin de ser nombradas en el empleo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17, por estar en lista de elegibles de la Convocatoria 433 de 2016, ordenó *"(…) CUARTO: ORDENAR i) al ICBF que dentro de los tres días siguientes a la notificación de esta providencia, informe a la CNSC sobre las vacantes existentes del empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 de las diferentes OPEC; ii) una vez que la CNSC reciba dicha información, procederá dentro de los tres días siguientes, a elaborar una lista de elegibles unificada en estricto orden de mérito, de todas las personas que habiendo superado la Convocatoria No 433 de 2016-ICBF, no lograron ser nombrados en los empleos Defensor de Familia, Código 2125, Grados 17 de cada una de la OPECS, cuyas listas vencían el pasado 30 de julio de 2020, la que deberá remitir al ICBF dentro de los dos días siguientes; iii) recibida la lista de elegibles unificada por parte del ICBF, éste procederá dentro de los dos (2) días siguientes a publicarla para que los aspirantes escojan sede*

[11] *https://www.icbf.gov.co/gestion- humana/manualfunciones*

(ubicación geográfica por Departamentos), vencido dicho término nombrará en estricto orden de mérito, dentro de los 8 días siguientes.(…)".

En virtud de la anterior orden el ICBF reportó en el aplicativo SIMO ciento veinticuatro (124) vacantes correspondientes al empleo Defensor de Familia, por lo cual la CNSC, profirió la **Resolución No 0715 del 26 de marzo de 2021,** *"Por medio de la cual se da cumplimiento a la orden judicial proferida en Segunda Instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, dentro de la Acción de Tutela promovida por las señoras Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el marco de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF"*

Sin embargo, considera la Sala que la autoridad accionada en el informe rendido a este trámite trata de confundir al Juez constitucional, en tanto, tal como se encuentra probado y como acertadamente lo indicó la Corte Constitucional, en la decisión a través de la cual desacato el conflicto de competencia entre los Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena y el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Cali, de dicha orden fue excluida la lista a la cual hace parte la actora, en tanto, la parte resolutiva de esa decisión, sólo hace referencia a las listas que vencían el 30 de julio de 2020, y no la lista de elegibles de marras la cual tiene una vigencia diferente (05 de junio de 2021). Por ello, los efectos de dicha sentencia de tutela no irradian efectos en la lista a la cual pertenece la hoy accionante, recordemos que fue la adoptada por medio de la resolución 20192230050135 de 13 de mayo de 2019.

Ahora, con relación a la solicitud de la actora, que busca que se le ordene a las autoridades accionadas, *que procedan a expedir el acto administrativo de nombramiento en carrera administrativa de la suscrita LAURA VANESSA CANTILLO RHENALS, en el cargo de DEFENSOR DE FAMILIA, CÓDIGO 2125, GRADO 17*, se advierte que el nombramiento directo en una de las vacantes definitivas que se encuentran disponibles actualmente en el ICBF no podría ser ordenado a través de la acción de tutela, dado que este mecanismo constitucional solo resulta procedente *"cuando no está en discusión la titularidad del derecho subjetivo a ocupar el cargo público"*[12].

No obstante, la Sala considera que la alternativa en el presente caso, es amparar las garantías iusfundamentales de la ciudadana Cantillo Rhenals, pero en punto a ordenarle a las autoridades que realicen el trámite para establecer la procedencia de su nombramiento en una vacante definitiva del empleo denominado *"Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17"*, identificado con el No. de OPEC 34243, sin importar la ubicación geográfica.

En virtud de todo lo anterior, se revocará la sentencia de primer grado y se accederá al amparo de los derechos fundamentales de la accionante, impartiendo las órdenes que se estimen pertinentes para su resguardo, teniendo en cuenta que en atención a la movilidad que caracteriza a las listas de elegibles, no es posible ordenar directamente que se realice el nombramiento del accionante en un cargo definitivo.

Finalmente, la Sala no pasa por alto la solicitud de la ciudadana **Yeimy Lorena Vera Peña,** quien se duele porque el *a quo* no se pronunció con relación a sus solicitudes, pues afirma

[12] *Corte Constitucional, Sentencia T-257 de 2012.*

tener *un derecho particular y concreto para ser nombrada en periodo de prueba y posesionada en el cargo de defensor de familia*, en tanto, hace parte de la lista de elegibles Resolución No 0512 del 3 de marzo del 2021 adoptada por la Comisión Nacional del Servicio Civil en cumplimiento del fallo de tutela proferido por el *Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena*, en la cual ocupo la posición No. 65.

De entrada advierte la Sala que tal pretensión deviene improcedente, pues la situación fáctica de la ciudadana Vera Peña es ajena a lo aquí desarrollado, en tanto, no hace parte de la lista de elegibles adoptada por medio de la resolución 20192230050135 de 13 de mayo de 2019, pues tal como ella misma lo afirmó hace parte es de la lista de elegibles adoptada por la Comisión Nacional del Servicio Civil en cumplimiento del fallo de tutela proferido por el *Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena*, en la cual ocupo la posición No. 65.

Sin embargo, esta Sala concluye que dicha ciudadana puede estar confundida con el derecho que eventualmente pueda asistirle en el marco del concurso de méritos, pues debe recordarse que el fallo de tutela emitido por el Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena, fue posteriormente anulado por la Sala Civil Familia de este Tribunal, por ende cualquier orden que se hubiera proferido en esa oportunidad perdió sus efectos.

Al margen de ello, si la ciudadana Yeimy Lorena Vera Peña, hace parte de la lista general de elegibles adoptada por la Comisión Nacional del Servicio Civil en cumplimiento del fallo de tutela proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, se le advierte a dicha ciudadana que será ese el escenario donde debe elevar cualquier solicitud pues como lo manifestó el ICBF actualmente se encuentra abierta una actuación administrativa a través de la cual se están llevando a cabo los respectivos nombramientos en periodo de prueba.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior de Cartagena, en Sala de Decisión Penal,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR el fallo de tutela de fecha 28 de septiembre de 2021, proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, y en su lugar, **TUTELAR** el derecho el debido proceso administrativo de la ciudadana **Laura Vanessa Cantillo Rhenals**, de conformidad con las consideraciones esbozadas en precedencia.

SEGUNDO: En consecuencia, se INAPLICA por inconstitucional el Criterio Unificado “Uso de las listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”, proferido por la CNSC el 16 de enero de 2020.

TERCERO: ORDENAR al ICBF y a la CNSC que dentro del término de treinta (30) días calendarios, siguientes a la notificación de esta decisión, establezcan cuál es el trámite a seguir para materializar el uso de la lista de elegibles conformada mediante la resolución 20192230050135 de 13 de mayo de 2019, respecto a los cargos equivalentes vacantes o desiertos en todo el territorio nacional, sin que sea óbice la diferencia de ubicación geográfica. El procedimiento que para el efecto se establezca deberá contar con un calendario que defina detalladamente sus etapas y defina las fechas en que se desarrollarán cada una de estas.

CUARTO: ORDENAR al ICBF y a la CNSC que notifique esta sentencia a todas las personas que integran las listas de elegibles, vigentes y no vigentes, de la Convocatoria N° 433 de 2016, para el cargo con Código 2125, denominación Defensor de Familia, con Grado 17. Además, dichas entidades deberán publicar esta providencia en las respectivas páginas web institucionales, y dentro del término de cinco (5) días deberán remitir soporte de todo ello al correo institucional del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena.

TERCERO: ENVIAR copia digital de la presente decisión al Juzgado de primera instancia.

CUARTO: REMITIR las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSE DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
Magistrado Ponente

FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ
Magistrado

PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADA

LEONARDO DE JESÚS LARIOS NAVARRO
Secretario

Bogotá D.C. julio de 2020

Señores
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA (Reparto)
Calle 24 No. 53-28
tutelasbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

REFERENCIA: ACCION DE TUTELA

ACCIONANTE: HOMERO RAMIREZ ARANGO

ACCIONADO: FRANCISCO ROBERTO BARBOSA DELGADO FISCAL GENERAL DE LA NACION

PRETENSION: QUE SE RESPETE EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO ORDENANDO MI NOMBRAMIENTO EN PERIODO DE PRUEBA

HOMERO RAMIREZ ARANGO, mayor de edad e identificado con cédula de ciudadanía No **6.324.431** de Guacarí, Valle, actuando en nombre propio, respetuosamente acudo a su despacho para promover Acción de Tutela solicitando el amparo Constitucional establecido en el Art. 86 de la Constitución Política de Colombia, denominado ACCION DE TUTELA en contra de: la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, toda vez que, ha vulnerado mis derechos Constitucionales fundamentales como, **DIGNIDAD HUMANA, LA GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, LA IGUALDAD, TRABAJO, DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VIA MERITO, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA**, consagrados en los artículos 13, 23, 25, 29, 83 y 125 de la Constitución Política, con fundamento en los siguientes:

A. LEGITIMACIÓN DE LA CAUSA

Me encuentro legitimado para solicitar la Tutela de mis Derechos fundamentales: **A LA DIGNIDAD HUMANA, LA GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA**

PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, LA IGUALDAD, TRABAJO, DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VIA MERITO, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA, ya que, en el 2008 se publican convocatorias, y participo en los siguientes concursos: Convocatoria **N.º 015 2008**: Denominación del cargo: Auxiliar II Grupo 1, donde ocupo el puesto 106 de 42 vacantes ofertadas y Convocatoria **No 015-2008**: Denominación del cargo: Auxiliar I Grupo 2, donde ocupo el puesto 106 de 87 cargos ofertados.
En las convocatorias superé cada etapa del Concurso Público de la COMISIÓN DE LA CARRERA ESPECIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, anterior COMISIÓN NACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA, ocupando un lugar DE ELEGIBLE en los empleos para los cuales participé, así la FGN manifieste que solo tengo una expectativa al no estar en el rango sin que haya tenido en cuenta que, varios de los concursantes no han aceptado el nombramiento por la siguiente razón:
No aceptaron porque ya no están interesados (en este punto hay que resaltar que, dentro de la Convocatoria 015/2008, Grupo 1, solo se proveerán 42 plazas para el cargo Auxiliar II, de las cuales se han expedido 15 nombramientos en periodo de prueba. De estos, 15 se han posesionado, 7 fueron revocados por no aceptación y/o imposibilidad de ubicación y 21 nombramientos se encuentran en términos de aceptación y/o posesión. Y, en la Convocatoria 015/2008, Grupo 2, solo se proveerán 87 plazas para el cargo Auxiliar I, de las cuales se han expedido 86 nombramientos en periodo de prueba. De estos, 32 se han posesionado, 53 fueron revocados por no aceptación y/o imposibilidad de ubicación y 1 nombramiento se encuentra en términos de aceptación y/o posesión, según respuesta dada por parte de la FGN al derecho de petición con el radicado No 20173000011321, el cual **anexo como documentos y pruebas**).

Lo anterior teniendo en cuenta que, el hecho de que solo uno de los concursantes no acepte y no sea nombrado y mueve las listas de elegibles lo que ocasiona que cambie la posición y de ser una simple expectativa pasa a estar como directo elegible, lo que consolida el Derecho a ocupar un cargo público por Convocatoria de Méritos al terminar todas las etapas de la convocatoria. Al respecto se pronunció EL HONORABLE CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUB SECCIÓN A Consejero ponente (E): GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ en un fallo que presentaba ***la misma situación fáctica y jurídica contra la misma entidad FGN*** *donde a la concursante quien ocupaba el puesto 32 para 30 cargos ofertados en la convocatorio 008 de 2015 denominado técnico administrativo II hoy Técnico I, ordenó su nombramiento en el evento de que alguno de los participantes no*

acepte el nombramiento continuar nombrando en estricto orden de mérito a quienes hacen parte del registro de elegibles hasta llegar al puesto en que se encuentra la demandante. El fallo puntual y textualmente en ese punto fue el siguiente:

(...)

> **Tercero.-** Ordénese a la Fiscalía General de la Nación que cumpla el término de veinte (20) días hábiles, para nombrar en estricto orden de mérito y en forma descendente a las 30 primeras personas que hacen parte del registro de elegibles para proveer los 30 cargos de Técnico Administrativo II, hoy Técnico I de que trata la Convocatoria 008 de 2008 y, en el evento de que algunos participantes de esa convocatoria no acepten el nombramiento, continuar nombrando a quienes hacen parte de ese registro de elegibles, en estricto orden de mérito, hasta llegar al puesto en que se encuentre la demandante.

(...)

Por lo anterior y teniendo en cuenta que, la lista de elegibles de la que hago parte ya está próxima a vencerse, pido que se estudie mi acción de tutela y se exija a la FGN que informe si hay concursantes que no han aceptado el nombramiento y cuantos son, y, en el evento de que algunos concursantes no acepten el nombramiento continuar nombrando a quienes siguen y hacen parte del registro de elegibles en estricto orden de mérito hasta cubrir todas las vacantes ofertadas en esa convocatoria y antes que se venzan los dos años.

B. PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN LA TUTELA

... "Sobre el principio de inmediatez se tiene que la H Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela debe interponerse en un plazo razonable contado desde los hechos que violaron los derechos fundamentales del accionante, con el fin de no crear situaciones de inseguridad, que violen derechos de terceros involucrados. Sin embargo, tal criterio no es absoluto, por cuanto en los casos en los cuales existe una violación continua y actual de los derechos es aceptable que haya trascurrido un lapso de tiempo mayor sin que se haya hecho uso de la acción de tutela. Idéntica consideración se aplica en los casos en los cuales se argumenta la expedición de nueva jurisprudencia de las altas cortes sobre la materia, la cual puede considerarse como la existencia de un hecho nuevo que actualiza el interés del accionante. Así, en efecto, se pronunció esa Alta Corporación en sentencia T-619 de 2009 en la que razono bajo el siguiente tenor: Con todo, la Corte ha precisado que, bajo ciertos parámetros, es aceptable un mayor espacio de tiempo transcurrido entre el hecho que genera la vulneración y

la presentación de la acción de tutela. En este sentido, en Sentencia T-158 de 2006 expuso: "De la jurisprudencia de esta Corporación se puede derivar que solamente es aceptable un extenso espacio de tiempo transcurrido entre el hecho que genera la vulneración y la presentación de la acción de tutela bajo dos circunstancias específicas: (i) Que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. [41] Y (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros". "Ahora bien, la actora atribuye la vulneración de sus derechos fundamentales al auto proferido el 23 de marzo de 2006 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó el recurso de apelación contra la sentencia emitida por la misma Corporación el 13 de octubre de 2005. E instauró la presente acción de tutela el 10 de diciembre de 2008 [42]. Esto significa que demoró 2 años y 8 meses en presentar la acción de tutela. Para determinar si este es un término razonable es necesario tener en cuenta, además de la naturaleza y fines propios de acción de tutela, las circunstancias específicas en que se ha encontrado la accionante. En primer lugar, a pesar de que el hecho que originó la vulneración de los derechos es bastante lejano con relación al momento en que se presentó la acción de tutela, no se puede desconocer que el auto del 23 de marzo de 2006, al negar el recurso de apelación, impidió que la accionante tuviera la posibilidad de una segunda instancia y un eventual reajuste pensional, por lo cual la vulneración de sus derechos no ha desaparecido, sino que ha permanecido en el tiempo y es actual. En segundo lugar, la accionante aduce como fundamento de la demanda la jurisprudencia posterior del Consejo de Estado, contenida en los autos de fechas 12 de julio de 2007 y 21 de agosto de 2008, los cuales dirimieron conflictos similares al aquí analizado y trajeron consigo elementos nuevos sobre el principio de la doble instancia en los procesos administrativos que, a pesar de haber sido admitidos con vocación de doble instancia, con la entrada en vigencia de nuevos cuerpos normativos terminaron convirtiéndose en de única instancia[43]. Esa circunstancia se puede considerar como un hecho nuevo que sirvió a la accionante como fundamento para interponer la acción de tutela. "En consideración a lo anterior, la Sala estima que el término para presentar la acción de tutela es razonable y no impide la procedencia de la misma. Esta Corporación en jurisprudencias pasadas ha considerado que fue la sentencia T-329 de mayo de 2009, la primera sentencia en la cual la Corte Constitucional analizó en concreto la constitucionalidad del artículo 28 de la ley 1122 de 2007 y determinó por vía de Excepción de Inconstitucionalidad, que la norma no se encontraba

acorde con el ordenamiento jurídico, situación que bien podía considerarse como un hecho nuevo para justificaba la interposición de la acción de tutela con posterioridad a dicho pronunciamiento. Sin embargo, la Sala considera que dicho razonamiento no puede aplicarse al caso concreto por las razones que pasan a explicarse enseguida. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia de la H Corte Constitucional data de 14 de mayo de 2009 y por tanto a la fecha de interposición de la tutela ya habían trascurrido 11 meses desde dicha providencia sin que el actor hubiera solicitado el amparo requerido. Si lo anterior fuera poco, comparte el Tribunal, la afirmación realizada por el a-quo al indicar que los planteamientos de dicha jurisprudencia y posteriores, no se aplican al caso del actor, debido a que en aquella ocasión el debate versaba sobre la constitucionalidad del artículo 28 de la ley 1122 de 2008 al introducir un método mixto de elección de gerente de las ESEs que si bien consagró la obligatoriedad de la convocatoria a un concurso de méritos, lo cierto era que la junta directiva de dichas instituciones podía designar libremente la terna al nominador para que éste escogiera al funcionario que se había de desempeñar en el cargo. La Corte en tales jurisprudencias concluyó que debía darse prelación al concurso de méritos de conformidad con el art 125 de la Constitución Política y por tanto declaró su inconstitucionalidad en principio por excepción vía tutela y luego su inexequibilidad en sentencia C-181-10 de 17 de marzo de 2010. Por tanto, la fecha que debe tenerse en cuenta para evaluar el caso del actor, es la fecha de nombramiento como gerente, 15 de diciembre de 2008, término que a juicio de la Sala no se considera razonable para la interposición de la acción propuesta... De conformidad con la jurisprudencia trascrita, la Sala observa que no es suficiente el argumento de que la violación del derecho alegado por el actor permanezca en el tiempo para que la acción de tutela proceda, ya que en tales casos existe una obligación del accionante de interponerla lo antes posible y en caso de que no lo haya hechos debe existir razones justificadas para dicha pasividad, las cuales no aparecen siquiera vislumbradas dentro de la presente actuación por lo que forzoso resulta declarar la improcedencia del amparo propuesto"

En este punto es de resaltar que mi derecho fundamental aún sigue vulnerado y El nominador no cuenta con una facultad sino con un deber al momento de recurrir a la lista de elegibles, a efectos de proveer un cargo de grado y denominación iguales para el cual se abrió originalmente el concurso de méritos.

C. PROCEDENCIA

En Sentencia T-024/07 planteó la honorable Corte Constitucional, respecto a la procedencia de la Acción de Tutela:

"... El artículo 86 de la Carta Política dispone Que toda persona puede reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, el restablecimiento inmediato de sus derechos fundamentales, siempre que no cuente con otro medio judicial de protección y el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 prevé que la existencia del recurso que enerva la acción de tutela se apreciará en concreto, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

En armonía con lo expuesto esta Corporación ha considerado que, salvo la ineficacia comprobada de los recursos o medios de defensa existentes frente al caso concreto, la acción de tutela es improcedente para juzgar las actuaciones administrativas, porque el ordenamiento prevé procedimientos para resolver las controversias y los litigios originados en las actividades de las entidades públicas.

Señala la jurisprudencia, respecto de la eficacia de medio judicial:

"Considera esta corporación que, cuando el inciso 30. Del artículo 86 de la carta Política se refiere a que "el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial..." como presupuesto indispensable para entablar la acción de tutela, debe entenderse que ese medio tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el *medio debe ser idóneo para lograr* el *cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho. De no ser así, mal puede hablarse de medio de defensa y, en consecuencia, aun lográndose por otras vías judiciales efectos de carácter puramente formal, sin concreción objetiva, cabe la acción de tutela para alcanzar que el derecho deje de ser simplemente una utopía".*

Por lo tanto, la vía para garantizar la defensa de los Derechos Fundamentales vulnerados; Igualdad, Derecho de Petición, Trabajo, Debido Proceso, Acceso a Cargos y Funciones Públicas, así como a los Principios de Confianza Legítima, Buena Fe y Seguridad Jurídica, es en el presente caso la Acción de Tutela, ya que de acudir a las Acciones Contencioso Administrativas, se estaría imposibilitando el logro de la protección de los derechos fundamentales en términos de celeridad, eficiencia y eficacia.

C. HECHOS

PRIMERO: El 30 de diciembre de 2004 se expide La Ley 938 de 2004 por el cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación.

SEGUNDO: Que los artículos 62, 64 y 66 de la Ley 938 rezan:

Artículo 62. La convocatoria. Es norma obligatoria y reguladora de todo proceso de selección y se divulgará conforme lo establezca el reglamento que expida la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación. Se hará en forma periódica cada dos (2) años o cuando el Registro de Elegibles se agote.

Artículo 64. Durante el tiempo al que se refiere el artículo anterior, no se podrá realizar proceso de selección para proveer cargos para los cuales se conformó la lista. La provisión de estos deberá realizarse con las personas que figuren en la misma.

Artículo 66. Registro de elegibles. Con base en los resultados del concurso se conformará el Registro de elegibles para la provisión de los cargos a proveer y las vacantes que se presenten durante su vigencia, la cual será de dos (2) años. La Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación reglamentará la actualización del Registro. Igualmente, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación podrá utilizar este Registro para proveer cargos equivalentes o de inferior grado.

TERCERO: Que el 30 de junio de 2006 se expide el acuerdo 001 de 2006 por el cual se expide el reglamento del proceso de selección y el concurso de méritos.

CUARTO: Que el artículo 23 del mencionado acuerdo reza:

Artículo 23. *Elaboración del Registro de Elegibles y Nombramientos.* Corresponde a la Oficina de Personal, previa instrucción de la Comisión Nacional de Administración de la Carrera, elaborar y actualizar el Registro de Elegibles. El Registro estará conformado por los candidatos que hayan aprobado el concurso de méritos y que no hayan sido nombrados.

El nombramiento deberá efectuarse en estricto orden descendente de puntajes. Si el nombramiento que se produce es en propiedad, los funcionarios y empleados así nombrados dejarán de figurar en el Registro de Elegibles y serán inscritos en el RUIC.

En caso de empate en el puntaje final, antecederá quien haya obtenido mayor puntaje en la prueba eliminatoria. De persistir el empate se definirá mediante sorteo.

El registro de elegibles deberá utilizarse para la provisión de los cargos de carrera vacantes en la entidad.

QUINTO: En el 2008 la FGN, convocó a Concurso Abierto de Méritos del Área Administrativa de la FGN, donde se publican varias convocatorias, y participo inscribiéndome en la siguiente CONVOCATORIA:

- **CONVOCATORIA No 015 de 2008, DENOMINADO AUXILIAR 1.**

SEXTO: El diez de diciembre del año 2013 El Consejo de estado emitió el Concepto No 2158 a la FGN donde le dejo en claro que las bases del concurso son inmodificables y que los concursantes se tenían que nombrar así existiera provisionales y que éstos se protegerían sin vulnerar los derechos de los concursantes que ganaron.

"Para el caso concreto de las convocatorias que realiza la Fiscalía General de la Nación se tiene que, de acuerdo con el artículo 62 de la ley 938 de 2004, dichas convocatorias son "norma obligatoria y reguladora de todo proceso de selección". El carácter vinculante, intangible e inmodificable de la convocatoria, como "ley del concurso", no sólo tiene sustento en la norma legal transcrita, sino en jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, según puede observarse en las sentencias T – 256 de 1995, SU – 913 de 2009, C- 588 de 2009, C – 249 de 2012, entre otras. No cabe duda entonces de que las convocatorias 01 a 015 de 2008 realizadas por la Fiscalía General de la Nación están sujetas a un marco constitucional y legal de cuya aplicación se desprende que tales convocatorias: i) son las reglas del concurso y, ii) vinculan a la entidad y a los participantes y, por tanto, son inmodificables, so pena de transgredir sus derechos fundamentales1"

SEPTIMO: El 13 de julio de 2015 en el Acuerdo 040 de 2015, pude darme cuenta que estaba dentro del grupo de elegibles de la Convocatoria No 015 de 2008.

OCTAVO: Que el artículo segundo de cada una de las listas de elegibles definitivas reza:

> **ARTÍCULO SEGUNDO. -** La lista de elegibles de la convocatoria 015 de 2008 contenida en el presente acto tendrá una vigencia de dos (2) años, de conformidad con las normas de la convocatoria, la cual se contará a partir del día siguiente a la fecha de publicación del presente acuerdo.

NOVENO: Que el artículo Tercero de cada una de las listas de elegibles definitivas reza:

> **ARTÍCULO TERCERO**. - La provisión definitiva de los empleos convocados se efectuará en estricto orden descendente, una vez se encuentre en firme la lista de elegibles.

DECIMO: Que varios de los cargos ofertados y no ofertados en las convocatorias de 2008 **NO** fueron provistas por parte de la FGN, tratándose de un deber legal y no de una potestad por parte del FGN.

En el 2008 salió el Concurso Abierto de Méritos del Área Administrativa donde se publican las convocatorias, y participo inscribiéndome en las siguientes CONVOCATORIAS: N.º 015 2008: Denominación del cargo: Auxiliar II Grupo 1 donde ocupo el puesto 106 de 42 vacantes ofertadas y Convocatoria No 015-2008: Denominación del cargo: Auxiliar I Grupo 2 donde ocupo el puesto 106 de 87 cargos ofertados, donde he culminado cada una de las etapas de los Concursos Públicos de la COMISIÓN NACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA, hoy en día denominada: COMISIÓN DE LA CARRERA ESPECIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Según Acuerdo 015 de 2015 EMITIDO POR LA MENCIONADA COMISION y con esto dando fin a cada etapa de la convocatoria.

DECIMO PRIMERO. A partir de la fecha antes indicada se inició todo un trámite, etapas o fases tendiente a consolidar listas de elegibles de los diferentes empleos ofertados en la OFERTA PUBLICA DE EMPLEOS DE CARRERA, que diera aplicación al artículo 125 de la Constitución Política, esto es; que el mérito y el concurso público abierto, dentro del sistema de carrera administrativa, fueran los únicos componentes a tener en cuenta para la selección o el ascenso de quienes aspiran a ocupar los cargos al servicio del Estado, esperando siempre que se "reanudara" el concurso y se diera paso a la lista definitiva de elegibles. Hasta que por fin salió la lista definitiva de elegibles, pero a pesar que estoy como elegible al ocupar un lugar en el registro de elegibles mi nombramiento en periodo de prueba no se REALIZO con lo que me vulneraron mis derechos fundamentales.

DECIMO SEGUNDO. Es obvio que, habiendo superado los exámenes y las condiciones de actitud para el cargo concursado, debía habérseme preferido al momento de la provisión del mismo, en atención al Principio de la Buena Fe, concretamente en el escenario de la contratación estatal, que permita la observancia irrestricta de las normativas exigidas para la vinculación de los funcionarios de esa entidad y así, mantener la vigencia de un orden justo.

DECIMO TERCERO. Dentro de esos valores y principios resulta relevante el análisis del principio de la Buena fe consagrado en el Art. 83 de la Constitución Política que enseña que en sus actuaciones los particulares y las autoridades deberán ceñirse a los postulados de la Buena Fe, contenido además en el Artículo 28 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública — Ley 80 de 1993.

DECIMO CUARTO. Éste principio reafirma las orientaciones normativas desarrolladas en la Constitución, Códigos, Leyes y Sentencias de la H. Corte Constitucional y cuyo propósito fundamental es "el de vincular a la administración pública a los funcionarios que presenten un mejor perfil y comportamiento, a la vez que un mayor conocimiento del cargo a desempeñarse, cumpliendo siempre las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de selección y contratación de los funcionario públicos, a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza recíproca, estableciendo límites claros al poder del Estado e impidiendo la vinculación de personas que no llenen los requisitos.

DECIMO QUINTO. Actualmente me encuentro como elegible para un cargo con la Denominación de Auxiliar I lo que me da derecho a que se me nombré en un cargo similar al que me presenté.

DECIMO SEXTO: LA FGN el 06 de marzo de 2013 realizo una solicitud para un Concepto al Concejo de Estado Sobre la Conformación y uso de los Registros definitivos resultantes del concurso público de méritos iniciado en el año 2008.

DECIMO SEPTIMO: El 10 de diciembre del 2013 El Consejo de estado emitió el Concepto No 2158 a la FGN donde le dejo en claro que las bases del concurso son inmodificables y que los concursantes se tenían que nombrar, así existirá provisionales y que estos provisionales se protegerían sin vulnerar los derechos de los concursantes que ganaron.

.....

"Para el caso concreto de las convocatorias que realiza la Fiscalía General de la Nación se tiene que, de acuerdo con el artículo 62 de la ley 938 de 2004, dichas convocatorias son "norma obligatoria y reguladora de todo proceso de selección". El carácter vinculante, intangible e inmodificable de la convocatoria, como "ley del concurso", no sólo tiene sustento en la norma legal transcrita, sino en jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, según puede observarse en las sentencias T – 256 de 1995, SU – 913 de 2009, C- 588 de 2009, SU – 446 de 2011 y C – 249 de 2012, entre otras. No cabe duda entonces de que las convocatorias 01 a 015 de 2008 realizadas por la Fiscalía General de la Nación están sujetas a un marco constitucional y legal de cuya aplicación se desprende que tales convocatorias: i) son las reglas del concurso y, ii) vinculan a la entidad y a los participantes y, por tanto, son inmodificables, so pena de transgredir sus derechos fundamentales1"

" (estado, 2013)CARGOS EN PROVISIONALIDAD FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - Servidores provisionales en condición especial de vulnerabilidad, deben ser desvinculados mediante acto administrativo motivado y, de ser posible, nombrarlos de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía / LISTA DE ELEGIBLES FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - Los aspirantes que ocupan el primer lugar en la lista de elegibles tienen el derecho adquirido a ser nombrados en el cargo correspondiente / PROVISIÓN DE CARGOS EN ÁREAS DIFERENTES A LAS ESTABLECIDAS EN LA CONVOCATORIA - Desconocería las reglas del concurso. Violaría mandatos constitucionales.

Según ha señalado la Sala, la lista de elegibles es un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida en que surte un efecto inmediato y directo de naturaleza subjetiva respecto de cada uno de los destinatarios, y crea derechos singulares respecto de cada una las personas que conforman la lista. Una vez conformada la lista de elegibles, las personas allí señaladas que ocupan el primer lugar tienen el derecho adquirido a ser nombradas en el cargo correspondiente, materializándose así el principio constitucional del mérito para acceder a los cargos públicos. Para el caso de la Fiscalía General de la Nación, los artículos 66 y67 de la ley 938 de 2004 siguen los criterios antes. Ahora bien, dado que algunos cargos convocados a concurso están siendo ocupados por servidores provisionales en condición especial de vulnerabilidad (madres y padres cabeza de familia, pre pensionados y discapacitados), la jurisprudencia constitucional ha resuelto la tensión existente entre los derechos de estas personas y los de quienes ocupan el primer lugar en la lista de elegibles a favor de estos últimos, ratificándoles su derecho prevalente a ser nombrados. En efecto, los servidores en provisionalidad gozan de una estabilidad relativa, la cual "cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos." No obstante, ello no significa que las personas en condición especial de vulnerabilidad que ocupan cargos provisionales no estén cobijadas por una protección constitucional según se deriva de la sentencia SU – 446 de 2011, reiterada en la sentencia T – 272 de 2012. Sin embargo, establecida la estabilidad intermedia de los cargos en provisionalidad de los funcionarios en condición especial de vulnerabilidad, la Corte se abstuvo de amparar sus derechos porque, a pesar de ser sujetos de especial protección, "no ostentaban un derecho a permanecer en el empleo." La jurisprudencia constitucional transcrita es plenamente aplicable al caso consultado y, por consiguiente, los aspirantes que ocupan el primer lugar en la lista de elegibles tienen el derecho adquirido a ser nombrados en los cargos correspondientes. Si alguno de dichos cargos está siendo ocupado por un servidor provisional en condición especial de vulnerabilidad, la Fiscalía General de la Nación deberá desvincularlo mediante acto administrativo motivado y, de ser posible, nombrarlo de manera provisional en

un cargo vacante de la misma jerarquía del que venía ocupando, mientras se realiza el concurso correspondiente a ese cargo. Finalmente se observa que nombrar en este caso a personas distintas de las que integran la lista de elegibles, o hacer los nombramientos quebrantando el orden de precedencia o para plazas distintas de las convocadas, implicaría el desconocimiento de las reglas del concurso (el de las plazas a proveer) y flagrante violación de terminantes mandatos constitucionales1"

DECIMO OCTAVO: En ningún momento la FGN me realizo el ofrecimiento ni mi nombramiento en periodo de prueba con los cargos ofertados y con los no ofertados dándole aplicación a los artículos 62, 64, y 66 de la ley 938 de 2004 que rezan:

Artículo 62. La convocatoria. Es norma obligatoria y reguladora de todo proceso de selección y se divulgará conforme lo establezca el reglamento que expida la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación. Se hará en forma periódica cada dos (2) años o cuando el Registro de Elegibles se agote.

Artículo 64. Durante el tiempo al que se refiere el artículo anterior, no se podrá realizar proceso de selección para proveer cargos para los cuales se conformó la lista. La provisión de estos deberá realizarse con las personas que figuren en la misma.

Artículo 66. Registro de elegibles. Con base en los resultados del concurso se conformará el Registro de elegibles para la provisión de los cargos a proveer y las vacantes que se presenten durante su vigencia, la cual será de dos (2) años. La Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación reglamentará la actualización del Registro. Igualmente, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación podrá utilizar este Registro para proveer cargos equivalentes o de inferior grado.

Lo anterior teniendo en cuenta que, en LA FGN existen cientos de cargos no ofertados con la denominación de AUXILIAR 1, los cuales debían ser provistos con uso de lista de elegibles como un deber legal por parte de la entidad.

En este punto es de mencionar que he sido elegible en la FGN para un cargo con la denominación de auxiliar 1.

Al respecto el CONSEJO DE ESTADO se refirió de la siguiente manera:

BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO NO 185 DE MAYO 06 DE 2016 (PAGINA 14)

Nombramientos realizados en virtud de una lista de elegibles no requieren que el interesado eleve una solicitud para proveer la vacante, es deber de la entidad nombrar en los cargos vacantes a quienes sigan en turno en la lista. (Negrilla propia del texto)

Síntesis del caso: La actora presentó acción de tutela con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y de acceso a la administración de justicia, los cuales consideró vulnerados por la decisión del Tribunal Administrativo de Santander que revocó la decisión del Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión de Bucaramanga en la que se había accedido a sus pretensiones en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida contra la Defensoría del Pueblo por negarse a nombrarla en un cargo vacante aduciendo que la lista de elegibles, de la cual ella hacía parte, ya no se encontraba vigente cuando hizo la solicitud.

(...)

DECIMO NOVENO: Mediante Rad. No 2016 6111175902 interpuse derecho de petición a la FGN, solicitando información respecto a cuantas personas habían nombrado en periodo de prueba respecto a la convocatoria del 2008 y solicité copia de los actos administrativos por medio de los cuales se realizaron dichos nombramientos.

VIGÉSIMO: El 01 de diciembre de 2016 la FGN dio respuesta al derecho de petición mencionado en el punto anterior, donde me informan que solamente han realizado 842 nombramientos de los 2700 convocados, y de igual manera que no me pueden dar copia de las resoluciones administrativas de nombramiento en periodo de prueba, con lo cual vulneran el DERECHO DE PETICION ya que esta información es pública.

VIGÉSIMO PRIMERO: Mediante Rad. No 2016 6111175902 interpuse derecho de petición a la FGN solicitando las copias de los actos de posesión.

VIGÉSIMO SEGUNDO: El 18 de diciembre de 2017 la FGN dio respuesta al derecho de petición informando el valor por las copias y además manifestando que, la convocatoria ya había perdido su vigencia y sus efectos jurídicos, lo cual a las reglas de la normatividad no es cierto ya que, como lo han pronunciado las altas corte que han dejado claro: Que si los cargos existían en el momento que

las listas de elegibles se encontraban vigentes, como en mi caso, no era una potestad por parte de la entidad hacer o no hacer uso de lista de elegibles sino era un deber Legal.

VIGÉSIMO TERCERO: Mediante Rad. No 2016 6111175902 interpuse derecho de petición a la FGN solicitando información respecto a cuantas personas habían nombrado en periodo de prueba respecto a la convocatoria del 2008 y solicité copia de los actos administrativos por medio de los cuales se realizaron dichos nombramientos.

VIGÉSIMO CUARTO: En abril de 2019 presente derecho de petición a la FGN solicitando la siguiente información:

PRIMERO: Cuantas personas se nombraron y se posesionaron en cada uno de los empleos ofertado denominados **AUXILIAR I.**

I. Solicito copia del Acta de posesión de cada uno de ellos.

II. Cuantas personas no han aceptado los nombramientos en empleo ofertado denominado **AUXILIAR I.**

III. Cantos nombramientos fueron revocados por no aceptación o imposibilidad de ubicación de los empleos ofertado denominado **AUXILIAR I.**

IV. Solicito copia de la resolución o acta de revocación de nombramiento de cada uno de ellos con la denominación **AUXILIAR I.**

SEGUNDO: Se me dé un informe detallado de todos los cargos que tiene la FGN con la denominación **AUXILIAR I,** que tengan la siguiente información:

I. ¿En qué fecha fue creado el cargo?

II. ¿Lugar donde se encuentra el cargo?

III. ¿Tipo de nombramiento que tiene cada uno de los cargos, es decir si se encuentran en provisionalidad, carrera, encargo o vacante?

Solicito se me informe detalladamente cuantos nombramientos provisionales o en encargo realizó la FGN durante el periodo comprendido

entre el 13 de julio de 2015 y el 12 de julio de 2017 con la denominación de **AUXILIAR I.**

VIGÉSIMO QUINTO: El 05 de junio de 2019 la FGN mediante radicado 2019300006571 da respuesta al derecho de petición donde me informan cuantos nombramientos provisionales habían dentro de los 87 cargos ofertados en la convocatoria 015 grupo 2 solamente posesionaron 44 concursantes quedando 43 cargos desiertos y dentro de los 61 cargos ofertados en la convocatoria 015 grupo 23 solamente posesionaron 26 concursantes quedando 38 cargos desiertos y donde en la misma respuesta informaron que, en total revocaron 142 cargos con la denominación auxiliar 1, a lo que pido en esta acción de tutela que se me nombre en uno de esos cargos que no fueron provistos.

VIGÉSIMO QUINTO B: De igual manera en el derecho de petición solicité que se me informara todos los nombramientos que habían realizado en provisionalidad sobre la vigencia de las listas:

(...)

SEGUNDO: Se me dé un informe detallado de todos los cargos que tiene la FGN con la denominación **AUXILIAR I,** que tengan la siguiente información:

I. ¿En qué fecha fue creado el cargo?

II. ¿Lugar donde se encuentra el cargo?

III. ¿Tipo de nombramiento que tiene cada uno de los cargos, es decir si se encuentran en provisionalidad, carrera, encargo o vacante?

IV. Solicito se me informe detalladamente cuantos nombramientos provisionales o en encargo realizó la FGN durante el periodo comprendido entre el 13 de julio de 2015 y el 12 de julio de 2017 con la denominación de **AUXILIAR I.**

Esta petición no fue contestada por parte de la FGN con lo cual vulnera el derecho de petición, mas, aunque con dicha información se puede demostrar mis derechos fundamentales vulnerados y la obligación por parte de la FGN de realizar mi nombramiento en periodo de prueba en un cargo similar a que concursé.

VIGÉSIMO SEXTO: Como pude demostrar la FGN ha dilatado mi nombramiento en periodo de prueba y por consiguiente ha vulnerado mis derechos fundamentales con rango constitucional.

D. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES SUSTENTO DE LA PRESENTE TUTELA:

I. Fallo No 11001220500020150070601 EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA SALA LABORAL Magistrada Ponente DRA. LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO falló en primera instancia a favor de LEIDY MARYORY GONZALEZ VARGAS, y confirmado por la Corte Suprema de Justicia Magistrado ponente de segunda instancia DR. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ. (Se anexa el fallo como documentos y pruebas).

Es de mencionar que a la accionante se le había vencido la lista de elegibles hacía más de dos años, pero cuando la lista estaba vigente los cargos existía para que se realizara el uso del banco nacional de lista de elegibles.

(...)

Según ello, y tal como se lo indicó la CNSC al Secretario de Educación Municipal de Ibagué, en la documental previamente referida tales empleos, deberán ser cubiertos siguiendo el orden de provisión establecido en el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005, conforme con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 30 del Decreto 1227 de 2005; de suerte que no es potestativo de la entidad nominadora continuar con el procedimiento para llenar esa vacante cuando se presenta esa situación, pues conforme lo señala el mandato legal, es su deber exigir el uso de listas de elegibles conforme con el orden de provisión específico, en donde se encuentra, claro está, el uso del Banco Nacional de Listas de Elegibles, para que la CNSC proceda a la verificación de las listas para empleos con similitud funcional en la entidad, y así pueda viabilizar el uso, en estricto orden de mérito de las listas de elegibles de dicho Banco para proveer las vacantes declaradas desiertas.

(...)
En este punto la Sala deja en claro que el uso de lista de Elegibles no es potestativo de la Entidad Nominadora si no es una obligación su deber exigir el uso de lista de elegibles conforme con el orden de provisión especifico, en donde se encuentra, claro está, **EL USO DEL BANCO NACIONAL DE LISTA DE ELEGIBLES.**

(...)
Ahora; la norma general indica que se deberán proveer los cargos obligatoriamente con la lista de elegibles, de conformidad con el orden en el que hayan quedado los concursantes en virtud del puntaje acumulado, **y para aquellos que no alcanzan a ser nombrados, pasan a integrar la información del Banco Nacional de Listas de Elegibles**, cuyo nombramiento es autorizado en estricto orden descendente, una vez se presenten las vacantes que cumplan los requisitos de similitud funcional previstos en el Acuerdo 159 de 2011.

De igual manera, puede suceder que se tenga que declarar desierto un concurso para un empleo, situación que se configura cuando <<como lo señala el numeral 5° del artículo 3° del Acuerdo 159 de 2011[5]>> no tuvo inscritos o de aquellos ninguno acreditó los requisitos mínimos exigibles

[5] Acuerdo diseñado por la CNSC que tiene como fin reglamentar la conformación, organización y uso de listas de elegibles y el Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del sistema general de carrera administrativa.

para el perfil del empleo, o los concursantes no superaron la totalidad de las pruebas eliminatorias o no alcanzó el puntaje mínimo total determinado para superarlo.

En esos casos, dispone el artículo 25 del citado Acuerdo, que esos empleos serán provistos de manera definitiva, siguiendo el orden de prioridad de que trata el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005. Esta última disposición normativa consagra el orden en que se deberán proveer los empleos de carrera de la siguiente manera:

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.

7.4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente para el cargo y para la entidad respectiva.

7.5. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente, resultado de un concurso general.

7.6. Con la persona que haga parte del Banco de Lista de Elegibles, de acuerdo con el reglamento que establezca la Comisión Nacional del Servicio Civil.

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

Acorde con la norma, dejando a salvo el derecho de las personas de ocupar el empleo por reintegro o traslado, la entidad debe proceder a

ocupar las vacantes con las personas que se encuentren ubicadas en la lista de elegibles, y para el caso en que se ha declarado desierto el concurso para algún empleo, debe proceder a la utilización del Banco Nacional de Listas de Elegibles, que según lo describe el numeral 4° del artículo 3° del Acuerdo 159 de 2011, es un sistema de información conformado y administrado por la CNSC, el cual se integra con las listas de elegibles en firme, resultantes de los procesos de selección desarrollados por esa misma entidad.

(...)

(...)

Ahora; una de las formas para hacer uso del Banco Nacional de Listas de Elegibles, es que se declare desierto el empleo objeto de concurso, que como ya se explicó, conforme con el Acuerdo 159 de 2011 y el artículo 20 del Decreto 1227 de 2005, se presenta cuando habiéndose ofertado en dos ocasiones el empleo, no contó con inscritos o los inscritos no cumplieron con los requisitos mínimos.

II. CORTE CONSTITUCIONAL

La sentencia T-1241 de 2001, interpretando los alcances de la sentencia C-372 de 1999, también en casos similares contra la C.A.R., resumió la jurisprudencia vigente sobre la materia y precisó:

- ***En resumen, una vez se encuentren en firme los resultados de las evaluaciones previstas en el concurso, surge la obligación de conformar la lista de elegibles y de proceder luego al nombramiento en período de prueba teniendo en cuenta el orden descendente fijado por ella (hipótesis 1., 2. y 3.). Si el cargo está vacante, se debe proceder al nombramiento siguiendo el orden fijado por la lista (hipótesis 4.). Si el cargo está siendo ocupado por otro funcionario (hipótesis 5.2.1., 5.2.2., 5.2.3.), es necesario evaluar si esa persona tiene un mejor derecho que el aspirante, como cuando se trata de alguien que ocupó el primer puesto dentro del mismo concurso (hipótesis 5.2.2.2.) o de un funcionario de carrera que ascendió a dicho cargo en una convocatoria anterior (hipótesis 5.2.3.2.), o frente al cual el aspirante tiene un mejor derecho (hipótesis 5.2.2.3.).***

- *Aún en el evento en que se considerara que no existe un derecho subjetivo, en sentido estricto a ser nombrado, la Corte estima que a la luz del principio de buena fe, existe una confianza legítima en que un interés, también legítimo, sea protegido, ya que coincide con el interés público en que a los cargos de la administración estatal accedan los ciudadanos que tengan los méritos suficientes, en aplicación del*

régimen general de carrera establecido en la Constitución (artículo 125, CP).

- ***La Corte advierte que quien ha participado en un concurso y ha completado todos los procedimientos y obtenido una calificación que se encuentra en firme, tiene un interés legítimo en que se agoten las etapas restantes del proceso que resultan necesarias para garantizar la protección de dicho interés y confía legítimamente en que la administración adoptará los pasos conducentes a hacer que el concurso concluya efectivamente.***

Y concluyó el fallo en mención:

- *Siempre que en un concurso de méritos iniciado antes de la ejecutoria de la sentencia C-372 de 1999, estén las calificaciones en firme y* ***el actor ocupe un lugar preferencial dentro de los aspirantes*** *"como cuando ocupó el primer lugar entre los aspirantes", tendrá derecho a ser nombrado en período de prueba en el cargo para el cual concursó, siempre y cuando tal cargo exista y se encuentre vacante o, en caso de no encontrarse vacante,* ***la persona que lo ocupa no tiene un mejor derecho que el accionante*** *como cuando fue nombrado en provisionalidad alguien que nunca concursó u ocupó un puesto inferior en el concurso* (NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO ORIGINAL)

III. SENTENCIA SU 913 DE 2009 de la Corte Constitucional
(...)

11.1.5 Importa recordar que la línea constitucional trascrita fue retomada a propósito del concurso de notarios por la sentencia C-1040 de 2007, la cual al referirse a las objeciones presidenciales formuladas por el Gobierno Nacional al proyecto de ley No. 105/06 –Senado- y 176/06 -Cámara- "Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre el concurso público de acceso a la carrera de notarios y se hacen algunas modificaciones a la Ley 588 de 2000", reiteró expresamente para este concurso en concreto que "La regulación legal debe respetar las reglas del concurso que se encuentra en trámite." El fundamento constitucional de dicha conclusión es múltiple: el principio de transparencia de la actividad administrativa se empaña si en contravía de las legítimas expectativas del aspirante, su posición en el concurso se modifica durante su desarrollo; el principio de publicidad (art. 209 C.P.) se afecta si las reglas y condiciones pactadas del concurso se modifican sin el consentimiento de quien desde el comienzo se sujetó a ellas; los principios de moralidad e imparcialidad (ídem) de la función administrativa se desvanecen por la inevitable sospecha de que un cambio sobreviniente en las reglas de juego

no podría estar motivado más que en el interés de favorecer a uno de los concursantes; el principio de confianza legítima es violentado si el aspirante no puede descansar en la convicción de que la autoridad se acogerá a las reglas que ella misma se comprometió a respetar; se vulnera el principio de la buena fe (art. 83 C.P.) si la autoridad irrespeta el pacto que suscribió con el particular al diseñar las condiciones en que habría de calificarlo; el orden justo, fin constitutivo del Estado (art. 2º C.P.), se vulnera si la autoridad desconoce el código de comportamiento implícito en las condiciones de participación del concurso, y, en fin, distintos principios de raigambre constitucional como la igualdad, la dignidad humana, el trabajo, etc., se ven comprometidos cuando la autoridad competente transforma las condiciones y requisitos de participación y calificación de un concurso de estas características. Adicionalmente, el derecho que todo ciudadano tiene al acceso a cargos públicos, consagrado en el artículo 40 constitucional, se ve vulnerado si durante el trámite de un concurso abierto, en el que debe operar el principio de transparencia, se modifican las condiciones de acceso y evaluación [...]"

Lo hasta aquí precisado autoriza concluir que no es posible desconocer derechos válidamente adquiridos por los concursantes una vez finalizadas todas las etapas *del concurso*." (NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO ORIGINAL)

La Constitución de 1991 señaló que el principio constitucional del mérito se materializa a través del concurso público, el cual, tiene como finalidad "evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa - Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo – Corte Constitucional, Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Por lo anterior queda claro que el concurso público, es un procedimiento mediante el cual se garantiza que la selección de los aspirantes para ocupar cargos públicos se funde en la "evaluación y en la determinación de la capacidad e idoneidad de éstos para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo". De esta manera, "se impide la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios 'subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (...), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante – Corte Constitucional, Sentencia C-211 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha manifestado que el concurso, además de buscar la selección objetiva para acceder a los cargos públicos, conlleva una consecuencia adicional, y es que, una vez culminado dicho proceso por el cual se han establecido los resultados de cada aspirante en cada una de las pruebas y ponderado los factores objetivos y subjetivos requeridos para ocupar el respectivo cargo, se nombre a participante más capacitado, es decir, aquel que ocupo el primer lugar.

- La Sentencia C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, señalo que "(...) la evaluación de factores objetivos y subjetivos, tiene, a juicio de la Corte, una consecuencia adicional que es la designación de quien ocupe el primer lugar. En efecto, de acuerdo con la Corporación, 'cuando se fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y se establecen las pautas o procedimientos con arreglo a los cuales se han de regir los concursos, no existe posibilidad legítima alguna para desconocerlos y una vez apreciados éstos quien ocupará el cargo será quien haya obtenido mayor puntuación', pues de nada serviría el concurso si, a pesar de haberse realizado, 'el nominador puede elegir al candidato de sus preferencias' – Corte Constitucional, Sentencia C-040 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz. – Corte Constitucional, Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

En consecuencia, culminadas las etapas del concurso público, se crea, en cabeza de aspirante que ocupe el primer lugar, un derecho a ser nombrado al cargo público, derecho que no puede ser desconocido por el nominador, pues de hacerlo estaría trasgrediendo la naturaleza de dicho proceso y, por lo tanto, iría en contra del principio constitucional del mérito".

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar **EXEQUIBLE**, por el cargo analizado, el artículo 145 de la Ley 201 de 1995, en el entendido de que cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, correspondiente a la misma denominación, el empleo de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador, e **INEXEQUIBLE** la expresión "*o inferior*" del mismo artículo.

IV. BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO NO 185 DE MAYO 06 DE 2016 (PAGINA 14)

Nombramientos realizados en virtud de una lista de elegibles no requieren que el interesado eleve una solicitud para proveer la vacante, es deber de la entidad nombrar en los cargos vacantes a quienes sigan en turno en la lista. (Negrilla propia del texto)

- **Síntesis del caso:** La actora presentó acción de tutela con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y de acceso a la administración de justicia, los cuales consideró vulnerados por la decisión del Tribunal Administrativo de Santander que revocó la decisión del Juzgado Séptimo Administrativo de Descongestión de Bucaramanga en la que se había accedido a sus pretensiones en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida contra la Defensoría del Pueblo por negarse a nombrarla en un cargo vacante aduciendo que la lista de elegibles, de la cual ella hacía parte, ya no se encontraba vigente cuando hizo la solicitud.

Extracto: "En el escrito de alzada, la impugnante alude que la sentencia C-319 de 2010 de la Corte Constitucional, que sirvió de fundamento para amparar los derechos fundamentales de la actora, no emitió pronunciamiento alguno respecto a la vigencia de la lista de elegibles (6 meses), por tanto, como al momento en que la actora solicitó ser nombrada, la lista ya no se encontraba vigente, no era procedente su vinculación a la entidad... La Subsección de Descongestión del Tribunal Administrativo de Santander, en la providencia objeto de controversia, advirtió el cambio jurisprudencial que respecto de dicha norma fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-319 de 2010, en el sentido de precisar que es deber del Defensor del Pueblo nombrar en los cargos vacantes que no fueran ofrecidos en el concurso a quienes sigan en turno en la lista de elegibles... Sin embargo, como acertadamente lo indicó la Sección Cuarta de esta Corporación en primera instancia, la interpretación de la autoridad judicial accionada no fue acertada, toda vez que para que proceda el nombramiento en la Defensoría del Pueblo, en virtud de una lista de elegibles, no se requiere que el interesado eleve una solicitud, como así lo afirmó la providencia de censurada, toda vez que ni la ley o la jurisprudencia en cita previeron tal situación como requisito para proveer la vacante... De conformidad con lo anterior, la Defensoría del Pueblo debió acudir a la lista de elegibles para proveer las vacantes que se generaron durante los seis meses de vigencia de la lista y no negar la solicitud de vinculación de la actora y trasladarle una carga que, se repite, ni la ley o la jurisprudencia prevén, esto es, que medie solicitud presentada durante la vigencia de la lista, máxime si se tiene en cuenta que ella ostentaba mejor derecho que el referido señor J.V.P., por haber

quedado de octava en la lista de elegibles, por lo que debió notificar primero a la actora sobre la vacante existente antes de proceder al nombramiento del señor". BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO

V. SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 2016, EXP. 11001-03-15-000-2015-03157-01(AC), M.P. ALBERTO YEPES BARREIRO (CONSEJO DE ESTADO)

Apartes relevantes de la sentencia 11001-03-15-000-2015-03157-01
(...) página 12

Sin embargo, como acertadamente lo indicó la Sección Cuarta de esta Corporación en primera instancia, la interpretación de la autoridad judicial accionada no fue acertada, toda vez que para que proceda el nombramiento en la Defensoría del Pueblo, en virtud de una lista de elegibles, no se requiere que el interesado eleve una solicitud, como así lo afirmó la providencia de censurada, toda vez que ni la ley o la jurisprudencia en cita previeron tal situación como requisito para proveer la vacante, por el contrario, la sentencia C – 319 de 2010, dispuso lo siguiente:

"(...)

a. Una interpretación conforme con la Constitución de la expresión "También podrá utilizarse esta lista para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación", del artículo 145 de la Ley 201 de 1995, indica que se trata de la provisión de cargos de carrera administrativa en propiedad.

b. El nominador no cuenta con una facultad sino con un deber al momento de recurrir a la lista de elegibles, a efectos de proveer un cargo de grado y denominación iguales para el cual se abrió originalmente el concurso de méritos. Lo anterior, bien entendido, durante el tiempo de vigencia de la lista de elegibles (6 meses).

c. Por el contrario, el nominador no podrá acudir a la mencionada lista de elegibles, a efectos de proveer en propiedad vacantes que se presenten durante la vigencia de la lista de elegibles (6 meses) en cargos de inferior grado pero con igual denominación. Por el contrario, podrá emplear la mencionada lista durante la vigencia de ésta para proveer en provisionalidad las vacantes que se presenten en tales cargos, mientras se realiza un nuevo concurso de méritos."

De conformidad con lo anterior, **la Defensoría del Pueblo debió acudir a la lista de elegibles para proveer las vacantes que se generaron** durante los seis meses de vigencia de la lista **y no negar la solicitud de vinculación de la actora y trasladarle una carga que, se repite, ni la ley o la jurisprudencia prevén, esto es, que medie solicitud presentada durante la vigencia de la lista**, máxime si se tiene en cuenta que ella ostentaba mejor derecho que el referido señor Juan Villareal Pava, por haber quedado de octava en la lista de elegibles, por lo que debió notificar primero a la actora sobre la vacante existente antes de proceder al nombramiento del señor Villareal.
(...)

Por otra parte, también es de mencionar los siguientes fallos donde los Honorables magistrados coincidieron en que la fiscalía **violó el debido proceso** al no continuar con la convocatoria de la Fiscalía y los fallos son los siguientes entre otros:

VI. CONSEJO DE ESTADO **(FALLO No. 25000 23 37 000 2016 01254 01 consejero ponente (E): GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUB SECCIÓN A**

"La providencia que menciono a continuación tiene la misma situación fáctica y jurídica"

(...)

Caso concreto

De acuerdo con lo informado en la demanda y corroborado en la contestación de la misma, la señora Paula Ofelia Campo Villegas concursó en las Convocatorias 008 y 013 de 2008, encaminadas a proveer los cargos de Técnico Administrativo II, hoy Técnico I y Asistente Administrativo II, hoy Asistente II.

Los cargos de técnico administrativo II ofertados en la convocatoria fueron 30 y la demandante ocupó el lugar 32 de la lista de elegibles.

Los cargos de asistente administrativo II ofertados en la convocatoria fueron 17 y la demandante ocupó el lugar 12 en la lista de elegibles.

Con ocasión de la Convocatoria 013 de 2008 se conformó el registro de elegibles mediante Acuerdo 0038 de 13 de julio de 2015[1], en el que la demandante, como ya se señaló, ocupó el lugar 12, con 61,49 puntos.

De acuerdo con la información suministrada en la contestación de la demanda, para la Convocatoria 013 de las 17 vacantes ofertadas se han realizado 7 nombramientos, en periodo de prueba, de modo que está a la espera de que se nombren los 4 concursantes que anteceden a la demandante en el registro de elegibles. De tales nombramientos 6 han sido revocados y 1 se encuentra en términos[2].

Con ocasión de la Convocatoria 008 de 2008 se conformó el registro de elegibles mediante Acuerdo 0033 de 13 de julio de 2015[3], en el que la demandante, como ya se señaló, ocupó el lugar 32, con 58,89 puntos.

De acuerdo con la información suministrada a folio 54, para la Convocatoria 008 de 2008 hasta la fecha han sido nombrados los 5 primeros aspirantes, en estricto orden de méritos, de los cuales han aceptado y tomado posesión 2 y han sido revocados 3 nombramientos[4].

Como ya se señaló, la Fiscalía General de la Nación estima que no ha vulnerado derecho alguno a la demandante, toda vez que sí está realizando los nombramientos conforme a los registros de elegibles, y para tal efecto está atendiendo el estricto orden de elegibilidad; aunado a ello, estima que la demora que se pueda causar a efecto del nombramiento en periodo de prueba de la demandante, obedecen a las gestiones necesarias que al interior de ese ente se deben realizar como el estudio de seguridad de los aspirantes, la expedición de los actos de nombramiento, la comunicación del mismo, los términos que se conceden a los nombrados para que acepten, aplacen o tomen posesión de su empleo, entre otros.

Además, alude el hecho de que los registros de elegibles aún no han expirado y dentro de los 2 años de su vigencia pueden realizar los nombramientos correspondientes.

---

[1] Conforme a la respuesta dada a la demandante por la Subdirectora Nacional de Apoyo a la Comisión de la Carrera Especial de la Fiscalía, visible de folios 36 a 38.
[2] Según información suministrada por la Subdirectora de Talento Humano, en la documental que obra a folio 58.
[3] Según documental de folio 37.
[4] Conforme a la documental de folio 58.

La Sala estima que si bien es cierto la Fiscalía General de la Nación desde el momento de entrada en vigencia de los registros de elegibles aludidos -julio de 2015- ha realizado 7 nombramientos para la convocatoria 013 y 5 nombramientos para la convocatoria 008, no ha realizado esa gestión en forma célere y buscando garantizar a los concursantes el acceso a los cargos públicos, producto del derecho que les asiste por haber superado satisfactoriamente todas las etapas de la convocatoria, dado que en el transcurso de más de 1 año, aún no ha satisfecho siquiera la mitad de las listas de elegibles conformadas para la provisión de tales cargos, de modo que si no le ha bastado ese término para realizar la totalidad de nombramientos, idénticas razones esbozará para no agotar las listas de elegibles durante el término de su vigencia, lo que pone en riesgo el derecho que le asiste a la accionante a acceder a uno de los empleos por los que participó y de cuyo registro de elegibles hace parte, teniendo en consideración que sólo faltan 10 meses para que expiren.

Con fundamento en lo anterior, forzoso es concluir que el acceso a cargos públicos está siendo realmente amenazado con el actuar poco diligente y moroso por parte de la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual se ordenará que proceda al nombramiento de quienes hacen parte de los registros de elegibles de las convocatorias 008 y 013 de 2008, en estricto orden de méritos y de acuerdo a la cantidad de vacantes que fueron ofertadas en las respectivas convocatorias, pero que el término de nombramiento no supere los (20) días hábiles a que alude el acápite anterior. (negrilla y línea fuera de texto)

Valga aclarar que si bien es cierto la Fiscalía se refiere al término con que cuenta cada una de las personas nombradas para aceptar o declinar el cargo o para prorrogar el término de los nombramientos, también lo es que para uno de los cargos en que concursó la demandante fueron 17 las plazas ofertadas y para el otro fueron 30 las que se convocaron. La manera de proceder de la Fiscalía era, para el primer caso, nombrar a quienes ocuparon los 17 primeros lugares de la lista y en el segundo caso a quienes ocuparon los 30 primeros lugares de la lista, en aquellos empleos que estaban vacantes y que producto de esa vacancia fueron ofertados, sin esperar a realizar los nombramientos uno a uno, pues ello implica demoras injustificadas, obvio, sin perjuicio de amparar los derechos fundamentales en aquellos casos especiales en que los empleos estén provistos en encargo o provisionalidad, por sujetos de especial protección constitucional.

Nombrar uno a uno de los miembros del registro de elegibles y esperar a que cada uno de ellos acepte o no, prorrogue o no su nombramiento, para que concluida esa etapa se pueda nombrar al siguiente, implica una demora injustificada, máxime cuando no fue ofertado un solo empleo, caso en el cual sí sería necesario ese procedimiento.

En el caso aludido, como para ninguno de los dos cargos se ofertó una sola vacante, sino más de una, lo procedente es efectuar el nombramiento en la misma cantidad de vacantes que fueron ofertadas y, en el evento de que en algunos casos deban ser revocados los nombramientos, por no ser aceptados por quienes en ellos recaen, se ha de continuar con los demás miembros que hacen parte del registro de elegibles, en riguroso orden de elegibilidad, al tenor de lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley 938 de 2004[5].

Siendo así, la Fiscalía General de la Nación no solo deberá efectuar el nombramiento de la demandante para el cargo de Asistente Administrativo II, hoy Asistente II, en el término de veinte (20) días, aludidos en forma precedente, nombramiento que de igual modo debe recaer tanto en los 4 concursantes que le anteceden en la lista de elegibles, como en los 5 que le suceden, hasta completar los 17 nombramientos de las vacantes ofertadas, sino que también deberá tener en cuenta a la demandante para que, completado el nombramiento de los 30 primeros lugares de la lista de elegibles conformada para el cargo de Técnico Administrativo II, hoy Técnico I, si varios de los que le anteceden en el orden de elegibilidad no aceptaran su nombramiento[6], deberá continuar con quienes le siguen en la lista, entre los que se encuentra la demandante, hasta cubrir las 30 vacantes para las que se promovió la convocatoria aludida.

Con los anteriores fundamentos se revocará la sentencia recurrida que denegó el amparo de los derechos de la demandante y, en su lugar, se accederá a la protección de los mismos, en los términos previamente descritos.

---

[5] "**Artículo 64.** Durante el tiempo al que se refiere el artículo anterior, **no se podrá realizar proceso de selección para proveer cargos para los cuales se conformó la lista.** La provisión de estos deberá realizarse con las personas que figuren en la misma."

[6] Como ya ocurrió respecto de 3 de ellos, con base en la documental de folio 58.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

5. FALLA

REVÓCASE el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección A el 12 de julio de 2016, mediante el cual denegó el amparo de los derechos invocados por la señora PAULA OFELIA CAMPO VILLEGAS, en contra de la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con lo manifestado anteriormente.

En su lugar se dispone:

Primero. - AMPÁRANSE los derechos a la igualdad y el acceso a cargos y funciones públicas de la señora Paula Ofelia Campo Villegas.

Segundo.- Ordenase a la Fiscalía General de la Nación que en el término de veinte (20) días hábiles, en estricto orden de mérito y en forma descendente realice el nombramiento de las personas que se encuentran en el registro de elegibles conformado para proveer los 17 cargos de Asistente Administrativo II, hoy Asistente II, conforme a la Convocatoria 013 de 2008, hasta llegar al puesto número 12 que ocupa la demandante Paula Ofelia Campo Villegas en el registro de elegibles conformado para ese efecto.

Tercero.- Ordénese a la Fiscalía General de la Nación que cumpla el término de veinte (20) días hábiles, para nombrar en estricto orden de mérito y en forma descendente a las 30 primeras personas que hacen parte del registro de elegibles para proveer los 30 cargos de Técnico Administrativo II, hoy Técnico I de que trata la Convocatoria 008 de 2008 y, en el evento de que algunos participantes de esa convocatoria no acepten el nombramiento, continuar nombrando a quienes hacen parte de ese registro de elegibles, en estricto orden de mérito, hasta llegar al puesto en que se encuentre la demandante.

Cuarto. - Las órdenes anteriores deberán ser cumplidas, garantizando los derechos de los sujetos de especial protección constitucional que estén ocupando en encargo o provisionalidad las vacantes ofertadas y que deben ser provistas, como consecuencia de los concursos aludidos

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

E. PRECEDENTE CONTENCIOSO

Expedientes: 11001032500020130130400 (3319-2013)[7]
11001032500020130157700 (4043-2013)
11001032500020140049900 (1584-2014)

58. El Consejo de Estado también se ha ocupado de estudiar la legalidad de la regla que habilita el uso de la lista de elegibles para proveer cargos que no fueron ofertados en la convocatoria a concurso, siempre que sean equivalentes o similares. En reciente sentencia de 26 de julio de 2018, proferida en el expediente 2015-1101 (4970-2015), la Sección Segunda de esta Corporación[8] conservó la presunción de legalidad de varios apartados del Acuerdo No. 001 de 9 de abril de 2015, *«por el cual se convoca y se fijan las bases y el cronograma del Concurso de Méritos Público y Abierto para el nombramiento de Notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial»*, que así lo señalaban. Dijo entonces el Consejo de Estado:

«Agrega esta Corporación, que la regla jurisprudencial que autoriza el uso de la lista de elegibles, mientras estén vigentes, para proveer cargos diferentes a los que fueron ofertados, siempre que sean de la misma naturaleza, perfil y denominación, y se haya establecido así en las bases de la respectiva convocatoria, tiene un claro arraigo constitucional, pues, materializa principios fundamentales de la función administrativa consagrados en el artículo 209 Superior, tales como economía, celeridad, eficiencia y eficacia, garantizando que un mayor número de plazas o empleos, sean provistas con quienes superaron todas las etapas del concurso y se ubicaron en la lista de elegibles.

---

[7] Expediente primigenio.

[8] Con ponencia de la Consejera de Estado Sandra Lisset Ibarra Vélez.

En este punto, la Sala retoma y afianza el argumento expuesto por el Ministerio de Justicia y del Derecho y por la Superintendencia de Notariado y Registro, cuando señalan, que para el caso en concreto, no tiene sentido realizar un esfuerzo presupuestal de más de 6 mil millones de pesos desarrollando el concurso público de méritos, cuyo resultado es una lista de elegibles que sólo se usaría para proveer las vacantes ofertadas, pudiendo realizar una utilización más eficiente de dichos recursos, permitiendo que mientras esté vigente, dicho registro definitivo de elegibles sea utilizado para cubrir vacantes adicionales a las ofertadas cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación. Sin lugar a dudas, ello permite un uso racional de los recursos públicos, ya que se evita tener que convocar nuevos concursos a muy corto plazo, tantos como vacantes se vayan presentando, con los altos costos que ello demanda para el erario público, por cuanto no se obliga a la administración a efectuar concursos cada vez que se presenten vacantes, haciéndose uso del registro de elegibles que se encuentre vigente, el cual existe para llevar a cabo la provisión de cargos en forma rápida y eficaz, conforme con las reglas del mérito.

Por otra parte, también se garantiza el postulado fundamental del mérito contenido en el artículo 125 de la Constitución, pues, permitir el uso de las listas de elegibles, mientras estén vigentes, para proveer empleos adicionales a los inicialmente ofertados, pero iguales o equivalentes a estos, parte precisamente, de la premisa según la cual, las personas designadas tienen comprobados méritos para desempeñar el cargo de notario. Es decir, se están nombrando a personas que han superado un concurso de mérito, diseñado de acuerdo a las necesidades del servicio y, especialmente, para cargos de igual naturaleza y categoría, es decir, no se trata de un mecanismo de ingreso automático a la función pública, arbitrario e inconsulto. Ello apunta a hacer más eficiente el uso del talento humano, en cuanto se acude a personal capacitado y previamente evaluado sobre las condiciones necesarias para el ejercicio de los cargos por proveer. De esta manera, se asegura que a la función pública accedan los mejores y los más capaces funcionarios, descartándose la inclusión de otros factores de valoración que son contrarios a la esencia misma del Estado Social de Derecho, y a la filosofía que inspira el sistema de carrera, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo, pues, mientras se surten los nuevos concursos, los cargos de carrera a proveer quedarían sujetos a la sola voluntad del nominador y lo serían a través de la figura de la provisionalidad.

Y finalmente, se garantiza el ejercicio del derecho subjetivo de que son titulares quienes hacen parte de la lista de elegibles, en cuanto permite que éstos accedan a un cargo igual para el que concursaron y demostraron su idoneidad.

(...)

En el caso objeto de análisis, observa la Sala que en lo que tiene que ver con la utilización de las listas de elegibles en el Sistema Específico de Carrera Notarial, para el último concurso de méritos, de acuerdo con el artículo 1° del Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, en las bases mismas de la convocatoria se estableció que una vez provistos la totalidad de los cargos ofertados en la convocatoria, se puedan usar los registros de elegibles, para proveer eventuales cargos vacantes, aunque estos no hayan sido objeto de oferta en el proceso de selección, así como para proveer las notarías que se lleguen a crear durante la vigencia de las listas de elegibles.

Por lo tanto, para la Sala se encuentran satisfechas las dos condiciones exigidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando habilitó el uso de las listas de elegibles para proveer empleos no ofertados inicialmente en la respectiva convocatoria, esto es, (i) que las bases de la respectiva convocatoria así lo establezca, y (ii) que los cargos que no fueron sacados a concurso al inicio del proceso de selección, y que se proveerían con las listas de elegibles, sean iguales o equivalentes a aquellos para los que se conformaron esos registros de elegibles.

En consecuencia, para el caso concreto es aplicable la excepción dispuesta por la Corte Constitucional en la sentencia C-319 de 2010 y reiterada en la SU-446 de 2011, según la cual, el uso de la lista de elegibles para proveer cargos diferentes a los ofertados es procedente, siempre y cuando las bases de la convocatoria respectiva lo permitan y los empleos no contemplados inicialmente en el proceso de selección, sean iguales o equivalentes a los ofertados.

Por otra parte, en criterio de esta Corporación y, para el caso concreto del concurso de notarios adelantado en virtud de la convocatoria abierta mediante el demandado Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, es totalmente razonable, proporcional y justificado considerar utilizar de manera eficiente todo el esfuerzo que el Consejo Superior de la Carrera Notarial ha desarrollado para sacar avante el proceso de selección, los recursos económicos sufragados, así como el talento humano que se ha desplegado; siendo este el norte o propósito que guía la regla contenida en la convocatoria que implica el alcance de la lista de elegibles para permitir su uso más allá de la provisión de las notarías inicialmente ofertadas, y de esta manera, cubrir también las que, durante la vigencia del registro de elegibles, quedaren vacantes o fueren creadas.

En ese sentido, luego del estudio realizado, la Sala considera que los apartes normativos demandados del artículo 1° del Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, al autorizar a los aspirantes inscritos en el concurso que fueron incluidos en las listas

de elegibles, a que opten por aquellas notarías que resultaren vacantes después del ejercicio de los derechos de carrera, o que se llegaren a crear por el Gobierno Nacional durante la vigencia de las listas, no es contrario a las normas invocadas como vulneradas.».

59. Así pues, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han señalado, que la *«entidad convocante»* pueda disponer la posibilidad de que la lista o registro definitivo de elegibles, sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente de oferta en el concurso de méritos, siempre que: (i) dicha regla sea prevista en las reglas del concurso, es decir, en las bases de la convocatoria, y (ii) que estos nuevos empleos sean de la misma denominación, naturaleza y perfil que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria.

60. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la Sala ordenará la anulación del Decreto Reglamentario 0969 de 2013,[9] pues, al prohibir la utilización de las listas de elegibles para proveer empleos que no fueron ofertados en el respectivo concurso, el decreto reglamentario demandado desconoce el artículo 34.55 del Decreto Ley 765 de 2005, que regula el régimen de carrera administrativa especial de la DIAN, y el artículo 60 de la Ley 1739 de 2014, que modificó el Estatuto Tributario, así como la jurisprudencia reseñada.

E. LO MÁS RECIENTE EN SITUACIONES SIMILARES CONTRA LA MISMA ENTIDAD FISCALIA GENERAL DE LA NACION A LA PRESENTADA EN ESTA ACCIÓN DE TUTELA EMITIDOS EN SEGUNDA INSTANCIA POR EL CONSEJO DE ESTADO DONDE LOS HONORABLES MAGISTRADOS COINCIDIERON EN QUE LA FISCALÍA VIOLÓ EL DEBIDO PROCESO AL NO CONTINUAR LAS LISTAS CON LOS CARGOS REVOCADOS DE LA FISCALÍA Y LOS FALLOS SON LOS SIGUIENTES ENTRE OTROS:

A. CONSEJO DE ESTADO **(FALLO No. 25000 23 37 000 2016 01254 01 consejero ponente (E): GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUB SECCIÓN A**

---

[9] Por el cual se modifica el Decreto 3626 de 2005, reglamentario a su vez, del Decreto Ley 765 de 2005, Por el cual se modifica el Sistema Específico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.

"La providencia que menciono a continuación tiene la misma situación fáctica y jurídica" y donde el nombramiento fue realizado posterior a la vigencia de las listas de elegibles

Fallo de tutela No 25000-23-42-000-2018-00147-01 emitido por EL CONSEJO DE ESTADO Magistrado Ponente CARMELO PERDOMO CUETER emitido el 24 de abril de 2018

Accionante SALLY CECILIA BLANCO HINESTROZA
Accionado FISCAL GENERAL DE LA NACION

Tema Derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso y acceso al ejercicio de cargos públicos.

Apartes importantes del fallo:

Como consecuencia de lo anterior, se ordene al accionado «[...] ***realizar el nombramiento en periodo de prueba y su posesión para alguno de los siguientes empleos: CONVOCATORIA No. 008 de 2008, T***[É]***CNICO I Grupo 3, Puesto 106, o CONVOCATORIA No. 015 de 2008, AUXILIAR II Grupo 1, Puesto 41*** [...]», con preferencia en la ciudad de Medellín.

(...)

(...)

Por último, hay que decir que si bien esta Sala en un caso de similares contornos[21], en el que también se estudió la presunta vulneración de los derechos constitucionales fundamentales de un participante del concurso de méritos convocado en el año 2008 por la Fiscalía General de la Nación, negó las pretensiones incoadas (carencia actual de objeto por daño consumado), ello fue en atención a que no se encontraba acreditada la existencia de vacantes que permitieran emitir una orden de nombramiento en favor del interesado, lo cual, como ya se vio, no ocurrió en el *sub lite*, por lo que no constituye un antecedente aplicable en este escenario constitucional.

A partir de los anteriores prolegómenos, se concluye que las circunstancias propias del presente asunto satisfacen los presupuestos jurisprudenciales para la procedencia del amparo constitucional, motivo por el cual esta Corporación revocará la providencia impugnada que negó el amparo deprecado y, en su lugar, (i) se tutelarán los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso y acceso al ejercicio de cargos públicos de la señora Sally Cecilia Blanco Hinestroza, y (ii) se ordenará al señor Fiscal General de la Nación nombrar, en período de prueba, a quienes hacen parte de los registros de elegibles para los empleos de técnico I, grupo 3 (convocatoria 8 de 2008) o auxiliar II, grupo 1 (convocatoria 15 de 2008), en estricto orden de méritos y de conformidad con las vacantes existentes, hasta llegar a los puestos en que se encuentra la accionante. Para tal fin, se le concederá un término de 10 días contados a partir de la notificación de esta providencia.

(...)
(...)

FALLA:

1. Revócase la sentencia de 2 de febrero de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección F de la sección segunda), que negó el amparo deprecado y, en su lugar:

1.1 Tutélanse los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso y acceso al ejercicio de cargos públicos de la señora Sally Cecilia Blanco Hinestroza, en atención a lo indicado en la parte motiva.

1.2 En consecuencia, ordénase al señor Fiscal General de la Nación, que en el término de diez (10) días siguientes a la notificación del presente fallo, nombre, en período de prueba, a quienes hacen parte del registro de elegibles para los empleos de técnico I, grupo 3 (convocatoria 8 de 2008) o auxiliar II,

(se anexa copia del fallo de tutela como documentos y pruebas)

B. FALLO EMITIDO POR EL CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCIÓN A el cual presenta la misma situación fáctica y jurídica e igual problema jurídico contra la misma entidad tutelada: **(FALLO No. 25000-23-37-000-2018-00051-01 Magistrado Ponente: WILLIAM HERNADEZ GOMEZ**

C.

ACCIONANTE: DIEGO ALBERTO PRECIADO MIRA
DEMANDADO: NACION - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (se anexa el fallo como documentos y pruebas)
Apartes relevantes del fallo
(Página 05)

(...)

El 31 de enero de 2018 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección A profirió fallo de primera instancia, en el que amparó los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a cargos públicos del señor Diego Alberto Preciado Mira.
En consecuencia, ordenó lo siguiente (f. 185 vto.):

> "[...] TERCERO: ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación, que dentro del término de veinte (20) días siguientes a la notificación de la presente providencia, se efectúe el nombramiento del accionante, el señor DIEGO ALBERTO PRECIADO MIRA, en el cargo de Profesional de Gestión III y Profesional de Gestión II, condicionado a las vacantes existentes, de dichos cargos que se hubieran ofertado en las Convocatorias 003 y 004 de 2008".

Para el efecto, sostuvo que el vencimiento del registro de elegibles no es imputable al accionante, ni obedece a su negligencia o culpa, pues contrario a ello, estaba demostrado que el señor Preciado Mira, dentro del término legal, solicitó a la Fiscalía General de la Nación la actualización de su hoja de vida y reclasificación del puntaje y, debido a la negativa de la entidad, interpuso acción de tutela, mecanismo idóneo para la protección de sus derechos fundamentales y obtener la actualización que serviría para garantizar su nombramiento.

(...)
*(...) **Pagina 13***

III. Marco Legal de las Convocatoria 003 y 004 de 2008 de la Fiscalía General de la Nación

La Ley 938 de 2004 por medio de la cual se expidió el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación, es la norma especial que regulaba la carrera administrativa en dicho organismo para la fecha en que se realizaron las Convocatorias 003 y 004 de 2008.

En los artículos pertinentes dispone:

> *"Artículo 62. La convocatoria. Es norma obligatoria y reguladora de todo proceso de selección y se divulgará conforme lo establezca el reglamento que expida la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación. Se hará en forma periódica cada dos (2) años o cuando el Registro de Elegibles se agote.*
>
> *Artículo 66. Registro de elegibles. Con base en los resultados del concurso se conformará el Registro de elegibles para la provisión de los*

cargos a proveer y las vacantes que se presenten durante su vigencia, la cual será de dos (2) años.

La Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación reglamentará la actualización del Registro. Igualmente, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación podrá utilizar este Registro para proveer cargos equivalentes o de inferior grado.

Artículo 67. Provisión de los cargos. Se efectúa en estricto orden descendente con quienes ocupen los primeros puestos en el Registro de elegibles.

Artículo 68. Período de prueba. Con base en el puesto que se ocupe en el registro de elegibles, quien obtenga el derecho a ser nombrado, ingresará en período de prueba por tres (3) meses; transcurrido este período, se procederá a su calificación.

Obtenida calificación satisfactoria, será nombrada en propiedad y escalafonado en la carrera.

A partir del nombramiento en propiedad y el escalafonamiento queda inscrito en la carrera y se generan los derechos correspondientes. En el evento en que la calificación sea insatisfactoria, se retirará del servicio, sin que ello cause indemnización alguna."

(...)

(...) página 15

Ahora, frente a la actualización del puntaje obtenido por los participantes en el concurso de méritos, se encuentra que el artículo 24 del Acuerdo 001 de 2006[10] prevé: "*en los primeros tres meses de cada año en que se encuentre vigente el registro de elegibles, quienes figuren en él podrán obtener la actualización de sus respectivos puntajes, previa solicitud a la Comisión debidamente acompañada de la documentación que acredite la nueva condición del solicitante*".

Conviene precisar que el referido Acuerdo estaba vigente al momento de apertura de las Convocatoria 003 y 004 de 2008 y no excluye su aplicación a ninguna de las

---

[10] Por medio del cual se expide el reglamento del proceso de selección y el concurso de méritos.

convocatorias que se adelantaron en la Fiscalía General de la Nación y, si bien dentro de las etapas del concurso no estaba dicha actualización, lo cierto es que resulta aplicable, comoquiera que es una norma general que reglamenta los procesos de selección y concursos de méritos dentro de la Fiscalía General de la Nación.
(...)
(...) página 20

En esos términos, la Subsección A considera que el vencimiento de la vigencia de los registros de elegibles conformados para la provisión de los empleos de profesional de gestión III y II no obedece a razones atribuibles al señor Preciado Moreno y, por tanto, no puede castigarse o imponerse una carga adicional a este, cercenando los derechos adquiridos con la participación en el concurso de méritos.

Asimismo, la Subsección advierte que la Fiscalía General de la Nación a través de los actos administrativos 2634 y 3337 del 17 de agosto y 22 de diciembre de 2017 revocó unos nombramientos en período de prueba, entre los que se encuentran varios empleos de profesional de gestión II y III (ff. 101-105 y 109-112), es decir, el mismo a los que aspiró el señor Preciado Mira. De manera que, es claro que para la fecha en que la entidad efectuó la actualización de la hoja de vida y reclasificación del puntaje del accionante existían vacantes en dichos cargos.

En efecto, al existir vacantes en los cargos ofertados en las Convocatorias 003 y 004 de 2008 y ubicarse el señor Preciado Mira en los puestos 47 y 1 de la lista de elegibles conformadas para los cargos de profesional de gestión III y II, lo propio era proceder con su nombramiento en período de prueba, en aras de garantizar los derechos adquiridos al participar en un concurso de méritos y quedar ubicado en el orden de elegibilidad.

Con fundamento en lo anterior, es forzoso concluir que los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a cargos públicos de accionante fueron transgredidos por parte de la Fiscalía General de la Nación con la negativa de efectuar su nombramiento en período de prueba en cualquiera de los cargos a los que se inscribió, nombramiento que en este caso, estará supeditado a la

existencia de vacantes de los empleos de profesional de gestión III y II ofertados en las Convocatorias 003 y 004 de 2008.
(...) se anexa el fallo como documentos y pruebas

D. Fallo de tutela No 25000-23-42-000-2017-01942-00 emitido por EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA Magistrada Ponente MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO emitido el 30 de octubre de 2017

Accionante ALBERTO SOLANO PEREZ

Accionado FISCAL GENERAL DE LA NACION

Tema Derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso y acceso al ejercicio de cargos públicos.

Apartes del fallo

(...)

En ese orden, todo el proceso para nombrar los cargos del concurso, se encuentra regulado en el artículo 66 de la Ley 938 de 2014, señalando el término de vigencia de la lista de elegibles:

> ***Artículo 66.*** *Registro de elegibles. Con base en los resultados del concurso se conformará el Registro de elegibles para la provisión de los cargos a proveer y las vacantes que se presenten durante su vigencia, la cual será de dos (2) años.*
>
> *La Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación reglamentará la actualización del Registro.*
>
> *Igualmente, la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación podrá utilizar este Registro para proveer cargos equivalentes o de inferior grado.*

La provisión de cargos y el término de duración del periodo de prueba:
(...)
(...)

FALLA

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales de igualdad y acceso a cargos públicos al señor **ALBERTO SOLANO PÉREZ** conforme a la parte motiva de esta providencia.

- **E.** Fallo de tutela No 25000-23-42-000-2017-01942-01 emitido por EL CONSEJO DE ESTADO Magistrado Ponente CARMELO PERDOMO CUETER emitido el 24 de abril de 2018

  Accionante ALBERTO SOLANO PEREZ

  Accionado FISCAL GENERAL DE LA NACION
  Tema Derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso y acceso al ejercicio de cargos públicos.

(...)

Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene a la autoridad accionada «[...] ***realizar el nombramiento en periodo de prueba y su posesión para el siguiente empleo*** [dentro de la] ***CONVOCATORIA No. 004 de 2008, PROFESIONAL DE GESTIÓN II*** [...]», con preferencia en la ciudad de Bogotá.

(...)

OTROS FALLOS CON LOS CUALES SE CORRIO LA LISTA DE EELGIBLES PARA HACER USO DE LA MISMA CON LOS SIGUIENTES CONCURSANTES

a) Fallo No 2017- 00456 de Fecha 16 de febrero 2017 Emitido por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA SUB-SECCION D Magistrado Ponente Dr. CERVELION PADILLA LINARES. ACCIONANTE EDILBERTO BALLESTEROS ROJAS En el fallo la sala deja en claro que a la accionante le existe un derecho a ser nombrado a pesar de no estar en el rango de elegibles al existir concursantes que no aceptaron el nombramiento y por lo tanto las listas de elegibles se corren para que todos los cargos ofertados en la convocatoria sean cubiertos definitivamente, además que la Fiscalía General de La nación no tiene un plazo de dos años para realizar los respectivos nombramientos, si no que los mismos deben darse en un plazo máximo de Veinte días hábiles días hábiles después de quedar en firme la lista de elegibles:

b) Fallo No 25000-23-36-000-2017- 00224- 00 de Fecha 27 de febrero de 2017 Emitido por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION TERCERA SUB-SECCION C Magistrado Ponente Dra. MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO. ACCIONANTE CARLOS ALBERTO PALACIO LONDOÑO En el fallo la sala deja en claro que a la accionante le existe un derecho a ser nombrada a pesar de no estar en el rango de elegibles al existir concursantes que no aceptaron el nombramiento y por lo tanto las listas de elegibles se

corren para que todos los cargos ofertados en la convocatoria sean cubiertos definitivamente, además que la Fiscalía General de La nación no tiene un plazo de dos años para realizar los respectivos nombramientos, si no que los mismos deben darse en un plazo máximo de Veinte días hábiles días hábiles después de quedar en firme la lista de elegibles

c) Fallo No 25000-23-42-000-2017- 00540- 00 de Fecha 01 de marzo de 2017 Emitido por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA SUB-SECCION E Magistrado Ponente Dr. RAMIRO IGNACIO DUEÑAS RUGNON. ACCIONANTE GERMAN RENGIFO OSORIO En el fallo la sala deja en claro que a la accionante le existe un derecho a ser nombrada a pesar de no estar en el rango de elegibles al existir concursantes que no aceptaron el nombramiento y por lo tanto las listas de elegibles se corren para que todos los cargos ofertados en la convocatoria sean cubiertos definitivamente, además que la Fiscalía General de La nación no tiene un plazo de dos años para realizar los respectivos nombramientos, si no que los mismos deben darse en un plazo máximo de Veinte días hábiles días hábiles después de quedar en firme la lista de elegibles

Fallo No 25000-23-42-000-2017- 00470- 00 de Fecha 16 de FEBRERO de 2017 Emitido por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA SUB-SECCION E Magistrado Ponente Dr. JAIME ALBERTO GALEANO GARZON. ACCIONANTE CLARA INES CABALLERO En el fallo la sala deja en claro que a la accionante le existe un derecho a ser nombrada a pesar de no estar en el rango de elegibles al existir concursantes que no aceptaron el nombramiento y por lo tanto las listas de elegibles se corren para que todos los cargos ofertados en la convocatoria sean cubiertos definitivamente, además que la Fiscalía General de La nación no tiene un plazo de dos años para realizar los respectivos nombramientos, si no que los mismos deben darse en un plazo máximo de Veinte (20) días hábiles días hábiles después de quedar en firme la lista de elegibles

F. FUNDAMENTO DE LA VIOLACIÓN DE MIS DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

(i) VIOLACION AL DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA artículo 1 de la Constitución Nacional

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, **fundada en el respeto de la dignidad humana**, (negrilla y línea fuera de texto).
(...)

Es de resaltar que el trato que me está dando LA FGN al no respetar ni reconocer mi DERECHO PREFERENTE AL ENCARGO, va en contra de la Dignidad Humana por lo que pido que se me proteja este derecho fundamental al ser un trato Indigno, el cual va en contra de la ley.

(ii) VIOLACION AL DERECHO DE LA GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO Artículo 2 de la Constitución Nacional que dice que Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y **garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución** línea y negrilla fuera de texto.

(iii) VIOLACIÒN AL DERECHO DE IGUALDAD. Artículo 13 de la Constitución Política.

Como lo mencioné anteriormente, es evidente que la FGN no me está dando un trato igual que a los demás funcionarios, ya que como la misma entidad lo mencionó en respuesta al derecho de petición, para ellos es una potestad RESPETAR LOS DERECHOS DE CARRERA y otorgar o no UN ENCARGO que legalmente me corresponde ya que, no es una potestad hacerlo sino un deber legal.

IGUALDAD-Pilar fundamental/DERECHO A LA IGUALDAD-Concepto relacional/TRATO IGUAL A LOS IGUALES Y DESIGUAL A LOS DESIGUALES-Jurisprudencia constitucional/IGUALDAD-Exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentren cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales.

En este ámbito la Corte Constitucional en sentencia C-195 de 1994, expresó:

"...como lo ha reiterado esta Corporación, la igualdad no implica una identidad absoluta, sino la proporcionalidad. Es decir, en virtud del merecimiento hay una adecuación entre el empleado y el cargo, sin interferencias ajenas a la eficiencia y eficacia..."

Quiero ser reiterativo en que se me viola flagrantemente por parte de la FGN el derecho fundamental a la igualdad, por cuanto, como ya se ha demostrado en los acápites que anteceden, y se han referido para ello diversos pronunciamientos de los tribunales y altas cortes, en el sentido de que tenemos el mismo derecho de acceder a los cargos ofertados todos los integrantes de la lista de elegibles, y se seguirá vulnerando hasta tanto no se realice efectivamente el nombramiento en periodo de prueba para el cargo que concursamos. Por cuanto los términos y argumentos que ha expuesto la FGN, se han desvirtuado por completo como ya se ha demostrado con la jurisprudencia referida y aportada en esta demanda de Tutela, ya que se debe hacer mi nombramiento en periodo de prueba en un cargo ofertado o no ofertado.

> *"...como lo ha reiterado esta Corporación, la igualdad no implica una identidad absoluta, sino la proporcionalidad. Es decir, en virtud del merecimiento hay una adecuación entre el empleado y el cargo, sin interferencias ajenas a la eficiencia* y eficacia..."

(iv) VIOLACION AL DERECHO DE PETICION El cual está contemplado en la Constitución Nacional.

Se vulnera el derecho fundamental en aquellos casos en que la autoridad respectiva no ofrece una respuesta oportuna y material, aunque no se requiere de solicitudes reiterativas, ni escritas ni adicionales recordatorias del cumplimiento de la Constitución y la Ley. La sola presentación de la petición obliga a las autoridades a responder en forma oportuna y de fondo a la petición formulada (Sentencia T-4777 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño).

De igual manera las altas cortes se han venido pronunciando de la forma como las entidades deben contestar un derecho de petición y los términos para cada caso, en especial y el cual debe ser contestado de fondo y con la veracidad del caso.

En este punto es de mencionar que el Fiscal General de la Nación no me dio respuesta de fondo a la petición realizada, sumado a que esta es errónea, al afirmar que, el nombramiento en encargo no es exclusivo para el personal de carrera administrativa y que se puede otorgar a personal con nombramiento provisional.

(v) Violación al derecho al Trabajo en condiciones dignas y justas, artículo 25 de la Constitución Política: Este derecho está contemplado en la Constitución Nacional y LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION me lo está vulnerando, al no hacer mi

respectivo nombramiento a pesar de que culminé favorablemente todas las etapas y les he manifestado mi disposición para ejercer el cargo.

(vi) **VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO,** artículo 29 de la Constitución Política: Con referencia a este punto la FGN ha violado el debido proceso Administrativo ya que no puede asumir que El Encargo es una potestad de la entidad cuando en realidad es un deber legal que debe otorgarse exclusivamente al personal Con derechos de Carrera Administrativa y no como lo viene realizando con los provisionales con lo que se demuestra la Violación a este derecho Fundamental.

Al respecto en la sentencia T-051/16, con ponencia del H. Magistrado Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, ha sido definido por la H. Corte Constitucional en los siguientes términos:

> *"El debido proceso es un derecho constitucional fundamental, regulado en el Artículo 29 Superior, aplicable a toda clase de actuaciones administrativas y judiciales, en procura de que los habitantes del territorio nacional puedan acceder a mecanismos justos, que permitan cumplir con los fines esenciales del Estado, entre ellos, la convivencia pacífica, la cual cobra gran relevancia en materia de tránsito.*[11]
>
> *Este derecho fundamental, para quienes tengan a su cargo el desarrollo de un proceso judicial o administrativo, implica la obligación de mantenerse al tanto de las modificaciones al marco jurídico que regula sus funciones, pues de lo contrario, su conducta puede acarrear la ejecución de actividades que no les han sido asignadas o su ejecución conforme con un proceso no determinado legalmente.*
>
> *Frente a este particular, resulta adecuado traer a colación el Artículo 6° Superior, en cuanto dispone que todo servidor público responde por infringir la Constitución y la ley y por la "omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones", en concordancia con el Artículo 121 del mismo texto, en el que se*

[11] Sentencia C-214 de 1994. *"En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una garantía de la convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional".*

determina que aquellos pueden ejecutar únicamente las funciones que se determinen en la Constitución y en la ley.

En tal virtud, el principio de legalidad es una restricción al ejercicio del poder público, en atención a la cual "las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos. Por otro lado, desde la perspectiva de los ciudadanos inmersos en una actuación administrativa o judicial, el debido proceso constituye una garantía para el acceso a la administración de justicia, de tal forma que puedan conocer las decisiones que los afecten e intervenir, en términos de igualdad y transparencia, para procurar la protección de sus derechos e intereses legítimos. En este sentido, el debido proceso se concibe como un escudo protector frente a una posible actuación abusiva de las autoridades, cuando estas se desvíen, de manera injusta, de la regulación jurídica vigente." (Subraya la Sala).

De lo expuesto se tiene que el derecho fundamental al debido proceso administrativo, conlleva de las actuaciones administrativas acatamiento y sumisión plena a la Constitución y a las leyes en el ejercicio de sus funciones, lo cual se materializa en la regulación jurídica previa que constriñe su actuar, de tal forma que no sea arbitraria sino sometida a normas legales, respondiendo así al principio de legalidad y respetando las formas propias de cada juicio, con el de garantizar la protección de los derechos de los administrados.

De igual manera en Sentencia C-214 de 1994. "En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una garantía de la convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional.

(vii) Violación a la confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe, artículo 83 de la Constitución Política:

Consagra el artículo 83 C.P. que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que se adelanten ante ellas.

Se entiende que cuando una entidad pública efectúa una convocatoria para proveer un empleo de carrera administrativa, es porque indudablemente existe el cargo y carece de toda razonabilidad someter a un particular interesado en el mismo a las pruebas, exámenes y entrevistas que pueden resultar tensionantes

para la mayoría de las personas, sin que el proceso adelantado y sus resultados se traduzcan en el efectivo nombramiento

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el principio de la confianza legítima (Sentencia T-472-09, Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio) consiste en una proyección de la buena fe que debe gobernar la relación entre las autoridades y los particulares, partiendo de la necesidad que tienen los administrados de ser protegidos frente a actos arbitrarios, repentinos, improvisados o similares por parte del Estado. Igualmente, ha señalado que este principio propende por la protección de los particulares para que no sean vulneradas las expectativas fundadas que se habían hecho sobre la base de acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, y consentido expresa o tácitamente por la administración ya sea que se trate de comportamientos activos o pasivos, regulación legal o interpretación normativa.

En cuanto a la relación con otros principios, ha dicho la Corte que la confianza legítima debe ponderarse con la salvaguarda del interés general, el principio de buena fe, el principio de proporcionalidad, el principio democrático, el de seguridad jurídica y respeto al acto propio, entre otros.

Este principio ha sido principalmente utilizado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como un mecanismo para armonizar y conciliar casos en que la administración en su condición de autoridad, por acción o por omisión ha creado expectativas favorables a los administrados y de forma abrupta elimina esas condiciones.

Es así, que los principios de **confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe**, han sido violentados por cuanto, la COMISIÓN DE LA CARRERA ESPECIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN generó una expectativa con el concurso de méritos y ya son más de 8 años que llevo esperando por un cargo en LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION a los cuales concursé y gané en franca lid, y que de una u otra manera la entidad ha venido dilatando el proceso para que se me realice mi nombramiento y posesión en periodo de prueba.

(iv) Violación al acceso a la Carrera Administrativa por concurso y principio al mérito, artículo 125 de la Constitución Política. Hace parte de los antecedentes de la presente tutela ya que la decisión adoptada por parte de LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION al abstenerse a realizar mi nombramiento en periodo de prueba viola el artículo 125 de la Constitución Política y está en oposición al principio de **MERITOCRACIA.**

G. CONCEPTO DE LA VULNERACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ANTES INDICADOS

Tal como lo indicó la Honorable Corte Constitucional en la SENTENCIA DE UNIFICACION SU 913 DE 2009, cuando la administración establece "las bases de un concurso, estas se convierten en reglas particulares obligatorias tanto para los participantes como para aquélla; es decir, que a través de dichas reglas la administración se **autovincula y autocontrola**, en el sentido de que 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, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección.

En el caso que nos ocupa LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la COMISIÓN DE LA CARRERA ESPECIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN reglamentó todo lo relacionado con la Convocatoria, es decir, sentó las bases sobre las cuales se habría de desarrollar esta, las cuales fueron acatadas y superadas en su totalidad por el suscrito, por ende resulta manifiestamente inconstitucional que LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la COMISIÓN DE LA CARRERA ESPECIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN no haya, a la fecha, hecho los respectivos nombramientos en periodo de prueba, no se puede omitir este derecho adquirido con el devenir del tiempo, pues de ser así, se deslegitima la entidad y al Estado mismo del cual esta hace parte, pues provoca en la comunidad, en los concursantes, el temor de que dichas reglas de juego, no se siguen para beneficiar a unos pocos.

LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, no respeto las etapas de la convocatoria mencionada, impidiendo igualmente el acceso a un cargo público por parte del suscrito, el cual presumo he ganado al ocupar un puesto meritorio y actualmente siendo **elegible de los Cargos en mención al existir concursantes que no aceptaron los empleos de mi interés** en un concurso público de méritos, en atención al artículo 125 de la Constitución Política y de contera vulnerándose el derecho al trabajo.

H. AUTORIDAD AUTORA DEL QUEBRANTAMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La acción de Tutela que se formula va dirigida contra EL FISCAL GENERAL DE LA NACION ya que dentro de sus deberes y funciones según el ARTÍCULO 251. De la Constitución Nacional el de Nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los servidores bajo su dependencia, de igual

manera por que fue a él a quien se le radico el derecho de Petición y quien Negó la solicitud del Encargo.

I. FUNDAMENTOS DE LA ACCION

Esta acción se impetra como medida transitoria para evitar, prevenir la consumación de un perjuicio irremediable.

A voces de la Corte Constitucional (Sentencia T 348 de 1998), en jurisprudencia, perjuicio irremediable "*es el daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es irreversible y por tanto no puede ser retornado a su estado anterior (...) La Corte ha considerado qua la acción de tutela es procedente para evitar un perjuicio irremediable cuando concurren los siguientes requisitos: (1) el perjuicio es inminente, es decir, que se producirá indefectiblemente si no opera la protección judicial transitoria; (2) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio deben ser urgentes; (3) el daño o menoscabo ha de ser grave, esto es, que una vez que aquel se haya producido es imposible retornar la situación a su estado anterior; y, (4) la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable.*" (cursiva y subrayas propias)

Con la negativa del Fiscal General de La Nación de cumplir las normas y respetar el Debido Proceso Administrativo realizando mi nombramiento en periodo de prueba lo que conlleva a que se estén amenazando los derechos fundamentales antes indicados, generándose para el actor un perjuicio inminente, pues se le está negando una posibilidad de acceder a un cargo público vía merito, a pesar de que Cuenta Con derechos preferentes generando con ello el resquebrajamiento a la confianza legítima y buena fe, que debe tener todo ciudadano en sus instituciones como lo es LA FGN.

J. PETICIONES

PRIMERO. Que se restablezcan los derechos fundamentales A LA DIGNIDAD HUMANA, LA GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, LA IGUALDAD, TRABAJO, DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VIA MERITO, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA Y LOS QUE EL DESPACHO CONSIDERE PERTINENTES, VULNERADOS U AMENAZADOS, de **HOMERO RAMIREZ ARANGO** identificado con cédula de ciudadanía No **6.324.431 de** Guacarí Valle y se ordene de manera inmediata a la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**

realizar el nombramiento en periodo de prueba y su posesión para un empleo bien sea que haya sido ofertado o no ofertado de acuerdo al articulo 66 de la Ley 938 de 2004 Con la denominación de Auxiliar 1; lo anterior En un término No superior a 48 horas Por haberse superado todas las pruebas, etapas del concurso, cumplir la totalidad de requisitos del empleo al cual se presentó y actualmente encontrarse como elegible, ya que era un deber legal por parte de la FGN hacer uso de lista de elegibles.

SEGUNDO: ORDENAR A LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION Y A SU COMISIÓN ESPECIAL DE CARRERA rendir un informe escrito a este Despacho, con los soportes respectivos, dentro de un término igual y siguiente al concedido para el cumplimiento del presente fallo.

I. PETICION ESPECIAL

Con el fin de evitar vulneraciones de derechos a terceros, se ordene que dentro de las 24 horas siguientes a la comunicación del auto admisorio de la tutela, se publique en la página web de La FGN y LA COMISION ESPECIAL DE CARRERA DE LA FGN, la existencia de esta acción para efectos de dar a conocer la misma a quienes eventualmente pudieran salir afectados con la decisión que resuelva la acción pública.

VINCULAR al trámite de la presente tutela a los (las) funcionarios(as) provisionales que desempeñan los cargos de interés ofertados de LA FGN.
VINCULAR al trámite de la presente tutela a los concursantes que se presentaron al cargo de interés, **auxiliar 1,** para que hagan su pronunciamiento al respecto y no se cometan arbitrariedades con los respectivos Nombramientos.

J. PRUEBAS

1. Copia simple del derecho de petición realizado a la FGN en 2016.
2. Respuesta al derecho de petición radicado en el año 2016.
3. Copia simple del derecho de petición realizado a la FGN en 2017.
4. Respuesta al derecho de petición radicado en el año 2017.
5. Copia simple del derecho de petición realizado a la FGN en 2019
6. Respuesta al derecho de petición radicado en el año 2019.
7. Copia de la resolución de Nombramiento No 3169 del concursante Alberto Solano Pérez de fecha 15 de noviembre de 2017.
8. Copia de la resolución de Nombramiento No 332 de la concursante Sally Cecilia Blanco Hinestroza de fecha 01 de octubre de 2018.

9. Copia de la resolución de Nombramiento No 237 del concursante Diego Alberto Preciado de fecha 02 de marzo de 2018.
10. Copia de las páginas 1 y 2 de la resolución 2431 del 12 de julio de 2017 donde se demuestra que la FGN realizo nombramientos en periodo de prueba hasta el número 62 de la lista para el empleo de la convocatoria 02 denominado profesional especializado II grupo 1 a pesar que quedaban 23 cargos por proveer.
11. Copia del derecho de petición radicado en mayo de 2019.
12. Copia de la respuesta al derecho de petición de fecha 01 de junio de 2019
13. Fallo de tutela No **25000233600020170149 2-00 contra la FGN** accionante Alberto Solano Pérez Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera Subsección C Magistrada Ponente MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO, sentencia que tiene la misma situación fáctica y jurídica que presente en mi acción de tutela y la cual fue confirmada por EL CONSEJO DE ESTADO.
14. Fallo de tutela No **25000 23 42 000 2018 00147 00 contra la FGN** accionante ***SALLY CECILIA BLANCO HINESTROZA*** **FALLO EMITIDO POR EL CONSEJO DE ESTADO SECCION SEGUNDA SUBSECCIÓN B** Magistrado Ponente CARMELO PERDOMO CUETER, sentencia que tiene la misma situación fáctica y jurídica que presente en mi acción de tutela.
15. Fallo de tutela No **25000-23-37-000- 2018-00051-01 contra la FGN** accionante ***DIEGO ALBERTO PRECIADO MIRA*** CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCIÓN A Magistrado Ponente **WILLIAM HERNADEZ GOMEZ**, sentencia que tiene la misma situación fáctica y jurídica que presente en mi acción de tutela.
16. Copia Sentencia CONSEJO DE ESTADOSALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B Expedientes:11001032500020130130400 (3319-2013) Uso de lista de elegibles con cargos no ofertados en La DIAN.

K. DERECHO

Como fundamento legal de la acción incoada, me permito citar al Honorable Tribunal los artículos 1, 13, 25, 29, 83, 86 y 125 de la Constitución Política de 1991. Y artículo 66 de la Ley 938 de 2004.

L. COMPETENCIA

Es usted competente señor Magistrado, por la naturaleza constitucional del asunto, por tener jurisdicción en el lugar donde ocurrió la vulneración y amenaza de los derechos fundamentales invocados conforme al artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1382 de 2000, ya que las tutelas impetradas contra EL FISCAL GENERAL DE LA NACION las deben conocer en primera instancia los tribunales superiores o administrativos.

M. JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento, manifiesto que no he instaurado otra acción de tutela con fundamento en los mismos hechos y derechos materia de esta acción, según lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

N. NOTIFICACIONES

El Tutelado FRANCISCO ROBERTO BARBOSA DELEGADO FISCAL GENERAL DE LA NACION: en la Diagonal 22B (Av. Luís Carlos Galán) No 52 – 01, Bogotá

Al suscrito, Recibo notificaciones en la siguiente dirección: Calle 8 No 10 - 94 Barrio Limonar Guacarí, Correo electrónico: **homeroramirezarango@hotmail.com**, Cel. **316 5842049**

Atentamente,

HOMERO RAMIREZ ARANGO
C.C 6324431 de Guacari Valle

REF: IMPUGNACIÓN FALLO No **76111-22-04-003-2020-00475-00**

Doctora
HONORABLE MAGISTRADO
JUAN CARLOS SANTACRUZ LÓPEZ
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA SALA DE DECISIÓN PENAL EN SEDE CONSTITUCIONAL

Ref. : Impugnación Tutela Radicación No. 76111-22-04-003-2020-00475-00

Accionante: HOMERO RAMIREZ ARANGO
Accionado: FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN

HOMERO RAMIREZ ARANGO, en calidad de tutelante, notificado el 04 de noviembre de 2020, en términos de ley, me permito IMPUGNAR EL FALLO DE TUTELA, el cual reza:

(...)

6. R E S U E L V A

PRIMERO: Declarar improcedente la acción de tutela interpuesta por la accionante HOMERO RAMÍREZ ARANGO, en contra de la Fiscalía General de la Nación; conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

RESUELVE

PRIMERO. -**NEGAR** la protección tutelar incoada por el señor **LUIS ENRIQUE ROJAS PERALTA,** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

(...)

Las consideraciones de este Honorable Tribunal fueron que la accion d etutela era improcedente sin tener en cuenta que en cualquier etapa en un concurso de méritos lo procedente es la acción de tutela.

Con lo que quiero demostrar que En un concurso de méritos lo procedente es la acción de tutela y así se ha expuesto en diferentes sentencias de las altas cortes por lo que pido muy respetuosamente tener en cuenta lo siguiente:

I. PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA FRENTE A SITUACIONES O ACTUACIONES SUSCITADAS DENTRO DE LOS CONCURSOS PÚBLICOS DE MÉRITO PARA EL ACCESO A CARGOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, como la contenida en la sentencia SU-913/09, con ponencia del Magistrado Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, ha señalado, en los eventos de interposición de acciones de amparo de los derechos fundamentales frente a situaciones o actuaciones suscitadas dentro de los concursos públicos de mérito para el acceso a cargos de la administración pública, lo siguiente:

> *"**5.1** La Corte Constitucional ha señalado de manera recurrente que la acción de tutela es un mecanismo protector de derechos fundamentales de naturaleza residual y subsidiaria, por lo cual solo puede operar para la protección inmediata de los mismos cuando no se cuenta con otro mecanismo judicial de protección, o cuando existiendo este, se debe acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*
> *Sin embargo, 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"[1], en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos [2].*
>
> ***5.2** Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular[3].*
>
> *Sobre el punto conviene recordar el contenido de las sentencias SU-133 de 1998 y SU-086 de 1999, mediante las cuales la Sala Plena de esta Corporación destacó:*

"...esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las

> *personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.*

---

[1] Sentencia T-672 de 1998.

[2] Sentencia SU-961 de 1999.

[3] Sentencia T-175 de 1997

La Corte estima que la satisfacción plena de los aludidos derechos no puede diferirse indefinidamente, hasta que culmine el proceso ordinario, probablemente cuando ya el período en disputa haya terminado. Se descarta entonces en este caso la alternativa de otro medio de defensa judicial como mecanismo de preservación de los derechos en juego, que son de rango constitucional, de aplicación inmediata (art. 85 C.P.) y que no pueden depender de un debate dado exclusivamente en el plano de la validez legal de una elección, sin relacionarlo con los postulados y normas de la Carta Política."
(Subraya la Sala).

En igual sentido también se ha pronunciado el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, quien en **sentencia del 6 de mayo de 2011**[4], con ponencia del Consejero Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE, señaló:

"En el caso de autos se advierte en atención a que la Convocatoria 001 de 2005 se encuentra en su etapa final, que si bien el accionante tiene a disposición la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir la lista de no admitidos, para el momento en que ésta se resuelva el concurso de méritos habrá finalizado, las listas de elegibles estarán vencidas y se habrán realizado los nombramientos correspondientes, motivo por el cual sería ineficaz cualquier declaración judicial que para ese entonces se realice sobre el presunto derecho del accionante a continuar en el proceso de selección para el cual se inscribió." (Se subraya).

Por lo tanto, conforme a los pronunciamientos esbozados en las jurisprudencias citadas, esta Sala considera procedente el estudio de fondo de la presente acción toda vez que el mecanismo judicial idóneo y eficaz que en este momento del concurso permite salvaguardar los derechos fundamentales que se alegan, no es otro que la acción de tutela.

Lo anterior, por cuanto el lapso en que pudiere resolverse la controversia aquí planteada tardaría mucho más si se ejerciera la acción ordinaria establecida para ello. De tal manera, no obstante la eventual existencia de otro mecanismo de defensa judicial, la acción de amparo de los derechos fundamentales aquí incoada resulta procedente ya que esperar un pronunciamiento del juez contencioso administrativo podría ir en perjuicio o detrimento de las posibilidades del actor. En consecuencia, reitera la Sala, se procederá a abordar el estudio de fondo de la presente demanda, así:
Por otra parte EL CONSEJO DE ESTADO EN SENTENCIA: Sentencia 00021 de 2010 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

CONCURSO DE MERITOS – Procedencia de la tutela En relación con el tema de la procedencia de la tutela en los concursos de méritos, esta Corporación ha dicho que, en la medida en que las decisiones que se dictan a lo largo del concurso son actos de trámite y que contra dichos actos no proceden los recursos de la vía gubernativa ni las acciones contencioso administrativas, los demandantes carecen de otrosmedios de defensa judicial para lograr la reincorporación al concurso. Así mismo, también se ha dicho que, de

[4] Sala De lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", dentro del expediente No. 08001-23-31-000-2010-01199-01; accionante: Eris Rodríguez Venecia.

aceptarse, en gracia de discusión, que contra esos "actos de trámite" procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es lo cierto que el citado mecanismo judicial no resulta eficaz ni idóneo para la protección de los derechos fundamentales que normalmente se invocan en esa clase de demandas.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la procedencia de la tutela en concursos de méritos: Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 7 de

noviembre de 2007, Rad. 2007-0635, MP. Susana Buitrago Valencia.

(...)

(...)

1. De la procedencia de la acción de tutela en los concursos de mérito La Constitución Política en su artículo 86 consagró una acción judicial especial para facilitar la garantía inmediata de los derechos fundamentales, la cual está dotada de un procedimiento breve y sumario que tiene como rasgos esenciales la subsidiariedad y la residualidad, porque sólo procede si no existe otro mecanismo judicial ordinario de defensa de los derechos que se consideran amenazados o conculcados.

No obstante, esta causal de improcedencia se excepciona, a las voces del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, cuando el reclamo de protección se propuso como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable que será valorado por el juez constitucional según las circunstancias en las que se encuentra el actor a fin de establecer que el medio judicial ordinario no resulta idóneo para evitarlo o remediarlo.

En relación con el tema de la procedencia de la tutela en los concursos de méritos, esta Corporación1[1] ha dicho que, en la medida en que las decisiones que se dictan a lo largo del concurso son actos de trámite y que contra dichos actos no proceden los recursos de la vía gubernativa ni las acciones contencioso administrativas, los demandantes carecen de otros medios de defensa judicial para lograr la reincorporación al concurso.

Así mismo, también se ha dicho que, de aceptarse, en gracia de discusión, que contra esos "actos de trámite2[2]" procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es lo cierto que el citado mecanismo judicial no resulta eficaz ni idóneo para la protección de los derechos fundamentales que normalmente se invocan en esa clase de demandas.

Para la Sala, en efecto, es evidente que ese mecanismo no es idóneo y eficaz, si lo que pretende la parte demandante, como en el presente caso, es que se ordene la rectificación del puntaje otorgado en la prueba de análisis de antecedentes y, por consiguiente, que se corrija el puntaje definitivo. Esta es la pretensión que la actora cree que de ser atendida por

el juez de tutela salvaría la amenaza o la vulneración que afrontan sus derechos fundamentales, lo que evidencia que la tutela, como mecanismo ágil de solución de este tipo de conflictos, es el medio adecuado para resolver de forma eficaz y útil lo planteado.

En este orden de ideas, es lo cierto que únicamente a través de la acción de tutela es posible obtener definición oportuna sobre, por ejemplo, la pretensión de seguir participando en el concurso de méritos en condiciones de igualdad o sobre la

inclusión en la lista de elegibles, toda vez que esperar a la culminación del respectivo proceso contencioso administrativo va en contravía del derecho fundamental de participación en el acceso a los cargos públicos por vía del concurso de méritos.

Esta es la situación que, a las claras, se presenta en el caso objeto de estudio, pues, como se dijo, lo que pretende la accionante es cuestionar la decisión de la Defensoría del Pueblo, que dispuso que no había acreditado la experiencia profesional relacionada y, por tal razón, no era merecedora de la calificación que dentro del concurso se prevé para ese factor, cuestionamiento que tiene como finalidad que, como primera medida, se ordene la rectificación del puntaje otorgado en la prueba de análisis de antecedentes y que, por consiguiente, se corrija el puntaje definitivo para que la accionante sea ubicada en el lugar que le corresponde según esos resultados.

Así, de acuerdo con lo dicho en este acápite, la Sala estudiará de fondo los argumentos planteados en la impugnación propuesta por la Defensoría del Pueblo con el propósito de establecer si efectivamente existe vulneración o no de los derechos fundamentales invocados en la demanda.

(...)

NORMA REGULADORA DE LA CONVOCATORIA LEY 938 DE 2004

"Artículo 62. La convocatoria. Es norma obligatoria y reguladora de todo proceso de selección y se divulgará conforme lo establezca el reglamento que expida la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación. Se hará en forma periódica cada dos (2) años o cuando el Registro de Elegibles se agote. "

Indica lo anterior que para garantizar esa periodicidad, todos los cargos deben ser convocados y cuando exista lista de elegibles es válida para la provisión de los cargos vacantes dando alcance al principio de economía. Una lectura en contrario no solo vulnera la Carta sino las propias reglas del estatuto orgánico, en el que, pese al reducido término de vigencia de la lista de elegibles, fijada en 2 años, -por demás antieconómico-, no existe norma que autorice la convocatoria parcial a concurso, a elección del Fiscal o de la autoridad administradora de la carrera especial.

Es de resaltar la posición del Honorable Magistrado ALVARO OVIEDO PINTO quien realizo el siguiente salvamento de voto el cual debe ser tenido en cuenta para la impugnación:

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCION SEGUNDA
SUB SECCIÓN "C"

Ref. Tutela. Expediente No. 2020-2196-00
Accionante: Luis Enrique Rojas Peralta
Demandado: Fiscalía General de la Nación
Magistrado Ponente: Carlos Aberto Orlando Jaiquel

SALVAMENTO DE VOTO: AMPARO OVIEDO PINTO

Con el debido respeto de la Sala mayoritaria me permito manifestar que me aparto de la decisión tomada en la sentencia dentro del proceso de la referencia por las siguientes razones:

1.- No comparto las afirmaciones expuestas en la parte motiva que se limitan, en general, a repetir de manera reiterada, lo dicho por la Fiscalía en su respuesta. Termina la Sala avalando el manejo histórico que se ha dado a la carrera especial en la Fiscalía general de la Nación. Tal aval rompe el equilibrio necesario para el sostenimiento del sistema democrático de nuestro Estado constitucional, como pasa a explicarse.

De conformidad con varias reglas superiores a partir del artículo 1º y preámbulo, la contenida en el articulo 125 constitucional, 209 y 53 en materia laboral, imponen la obligación de cumplir con el mecanismo general de vinculación al servicio público, recurriendo al mérito. Estas reglas no excluyen a la Fiscalía general de la Nación. El ingreso por mérito obliga a un previo concurso público universal y eficaz. El principio de universalidad para la convocatoria y acceso, entre otros aspectos implica que cuando existen cargos vacantes de manera definitiva, es obligación de la Fiscalía general de la Nación convocar a concurso público de méritos para todos los cargos vacantes señalados en la ley como de carrera especial. El cargo al que concursó el accionante es un cargo de carrera especial. No es potestativo de la Fiscalía la convocatoria parcial, según interés del Fiscal o su dirección, porque se aparta de las normas constitucionales en la que se fundan todos los sistemas de carrera: general, especial y específico y la propia ley que acoge el estatuto orgánico de la Fiscalía. Y, sobre los fines y objetivos, es pacífico el tema, incluso interpretado por la guardiana de la Constitución en sentencia de

constitucionalidad que pesa sobre otras orientaciones que pueden resultar disímiles, menos si son anteriores a estos concursos. Dice la Corte:

"La carrera al ser un principio del Estado Social de Derecho y del Ordenamiento Superior cuenta con objetivos como (i) la realización de la función administrativa (art. 209 superior) al servicio de intereses generales y además es desarrollada de acuerdo a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, (ii) el cumplimiento de los fines esenciales del Estado (art. 2 constitucional) como servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, (iii) garantizar el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político a través del acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40-7 de la Constitución), (iv) salvaguardar el derecho a la igualdad (art. 13 de la Carta), y (v) proteger los principios mínimos fundamentales de la relación laboral consagrados en el artículo 53 de la Carta."[1]

Luego entonces, una convocatoria parcial cuando hay muchos más cargos vacantes es abiertamente inconstitucional y lleva a inferir, sin dificultad, la burla permanente al sistema de carrera especial. Por ello no puede tomarse como regla de derecho, ese recurso al que ha acudido la Fiscalía, que tiene como consecuencia, mantener una gran cuota burocrática de cargos de carrera nombrados bajo la liberalidad del Fiscal de turno, como si fueran de libre nombramiento y remoción. Con ello se soslaya la regla constitucional de ingreso por mèrito para los cargos de carrera especial. Esa lectura contradice la propia Constitución, y vulnera los derechos de acceso universal al empleo público, y por consecuencia los principios de transparencia, eficacia, eficiencia, igualdad y particularmente de economía, publicidad y moralidad que son obligantes en las actuaciones administrativas de la Fiscalía general de la Nación, según obligan los artículos 47 a 57 de la ley 938 de 2004, estatuto orgánico de la Fiscalía general de la Nación. Tales principios no pueden ser enunciativos, sino que deben materializarse en la práctica.

No hay regla legal para ese tratamiento si se atienden las disposiciones de la ley 938 de 2004:

"Artículo 62. La convocatoria. Es norma obligatoria y reguladora de todo proceso de selección y se divulgará conforme lo establezca el reglamento que expida la Comisión Nacional de Administración de la Carrera de la Fiscalía General de la Nación. Se hará en forma periódica cada dos (2) años o cuando el Registro de Elegibles se agote. "

[1] Corte Constitucional, sentencia C-034 de 2015.

Indica lo anterior que para garantizar esa periodicidad, todos los cargos deben ser convocados y cuando exista lista de elegibles es válida para la provisión de los cargos vacantes dando alcance al principio de economía. Una lectura en contrario no solo vulnera la Carta sino las propias reglas del estatuto orgánico, en el que, pese al reducido término de vigencia de la lista de elegibles, fijada en 2 años, -por demás antieconómico-, no existe norma que autorice la convocatoria parcial a concurso, a elección del Fiscal o de la autoridad administradora de la carrera especial.

2.- En el caso concreto, si a la fecha de la reclamación, las listas de elegibles estuvieren materialmente vencidas, lo que pudo ocurrir, cuando menos se ha vulnerado el derecho de petición de información al accionante quien tiene derecho, para efectos del control ciudadano, amén de sus derechos como concursante, de conocer en detalle, quiénes fueron nombrados en esos cargos, quienes no aceptaron, y quienes quedaron en turno de ser nombrados, entregándole los actos administrativos respectivos, para satisfacer plenamente su derecho. No hay reserva legal alguna de estos actos, que eventualmente pueden ser impugnados por vía de acción pública de nulidad en cualquier tiempo. No entregar los documentos requeridos por el accionante viola flagrantemente su derecho de petición y debido proceso por desconocer los principios de publicidad y transparencia.

Bajo esta perspectiva, no es comprensible, que se niegue la tutela del dereco de petición porque presuntamente, tiene derecho de insistencia. Tal recurso no tiene eficacia alguna, porque es la misma entidad la que decidirá con altas posibilidades de negar como lo ha venido haciendo; ya expresó su genuina posición frente a la persona concursante, como se destaca en este caso examinado, que se observa ahora.

No encuentro razón jurídica válida para negar ese derecho de petición y me aparto de las consideraciones por las razones expuestas. Recuérdese que para los jueces, el imperio es de la Constitución y la ley. La jurisprudencia solo es un criterio auxiliar si nos detenemos en el alcance del artículo 230 constitucional.

Con todo respeto,

AMPARO OVIEDO PINTO

- Lo que significa que no tuvieron en cuenta que no era una potestad de la entidad en este caso la Fiscalía si no un deber Legal el hacer Uso de lista de elegibles con cargos no convocados al respecto ya existen pronunciamientos como el siguiente:

1. Fallo No 11001220500020150070601 EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA SALA LABORAL Magistrada Ponente DRA. LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO falló en primera instancia a favor de LEIDY MARYORY GONZALEZ VARGAS, y confirmado por la Corte Suprema de Justicia Magistrado

ponente de segunda instancia DR.JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ. (se anexa el fallo como documentos y pruebas)

Es de mencionar que a la accionante se le había vencido la lista de elegibles hacía más de dos años, pero cuando la lista estaba vigente los cargos existía para que se realizara el uso del banco nacional d elista de elegibles.

(...)

(...)

En este punto la sala deja en claro que el uso de lista de Elegibles no es potestativo de la Entidad Nominadora si no es una obligación su deber exigir el uso de lista de elegibles conforme con el orden de provisión especifico, en donde se encuentra, claro está, **EL USO DEL BANCO NACIONAL DE LISTA DE ELEGIBLES.**

(...)

Ahora; la norma general indica que se deberán proveer los cargos obligatoriamente con la lista de elegibles, de conformidad con el orden en el que hayan quedado los concursantes en virtud del puntaje acumulado, **y para aquellos que no alcanzan a ser nombrados, pasan a integrar la información del Banco Nacional de Listas de Elegibles**, cuyo nombramiento es autorizado en estricto orden descendente, una vez se presenten las vacantes que cumplan los requisitos de similitud funcional previstos en el Acuerdo 159 de 2011.

De igual manera, puede suceder que se tenga que declarar desierto un concurso para un empleo, situación que se configura cuando <<como lo señala el numeral 5° del artículo 3° del Acuerdo 159 de 2011[5]>> no tuvo inscritos o de aquellos ninguno acreditó los requisitos mínimos exigibles

[5] Acuerdo diseñado por la CNSC que tiene como fin reglamentar la conformación, organización y uso de listas de elegibles y el Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del sistema general de carrera administrativa.

- para el perfil del empleo, o los concursantes no superaron la totalidad de las pruebas eliminatorias o no alcanzó el puntaje mínimo total determinado para superarlo.

- En esos casos, dispone el artículo 25 del citado Acuerdo, que esos empleos serán provistos de manera definitiva, siguiendo el orden de prioridad de que trata el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005. Esta última disposición normativa consagra el orden en que se deberán proveer los empleos de carrera de la siguiente manera:

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.

7.4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente para el cargo y para la entidad respectiva.

7.5. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente, resultado de un concurso general.

7.6. Con la persona que haga parte del Banco de Lista de Elegibles, de acuerdo con el reglamento que establezca la Comisión Nacional del Servicio Civil.

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

Acorde con la norma, dejando a salvo el derecho de las personas de ocupar el empleo por reintegro o traslado, la entidad debe proceder a

ocupar las vacantes con las personas que se encuentren ubicadas en la lista de elegibles, y para el caso en que se ha declarado desierto el concurso para algún empleo, debe proceder a la utilización del Banco Nacional de Listas de Elegibles, que según lo describe el numeral 4° del artículo 3° del Acuerdo 159 de 2011, es un sistema de información conformado y administrado por la CNSC, el cual se integra con las listas de elegibles en firme, resultantes de los procesos de selección desarrollados por esa misma entidad.

(...)

(...)

Ahora; una de las formas para hacer uso del Banco Nacional de Listas de Elegibles, es que se declare desierto el empleo objeto de concurso, que como ya se explicó, conforme con el Acuerdo 159 de 2011 y el artículo 20 del Decreto 1227 de 2005, se presenta cuando habiéndose ofertado en dos ocasiones el empleo, no contó con inscritos o los inscritos no cumplieron con los requisitos mínimos.

Por otra parte existen TRES fallos emitidos por EL CONSEJO DE ESTADO que presentan la misma situación Fáctica y Jurídica que expuse en mi acción de Tutela, ya que los nombramientos se ordenaron posterior a la vigencia de las listas de elegibles y los fallos son:

I. **FALLO EMITIDO POR EL CONSEJO DE ESTADO SECCION SEGUNDA SUBSECCIÓN B** el cual presenta la misma situación fáctica y jurídica e igual problema jurídico contra la misma entidad tutelada: **(FALLO No. 25000 23 42 000 2018 00147 00 Magistrado Ponente : CARMELO PERDOMO CUETER**

ACCIONANTE: SALLY CECILIA BLANCO HINESTROZA

Apartes relevantes del fallo(Página 15) (se anexa copia del fallo como documentos y pruebas)

Por último, hay que decir que si bien esta Sala en un caso de similares contornos[21], en el que también se estudió la presunta vulneración de los derechos constitucionales fundamentales de un participante del concurso de méritos convocado en el año 2008 por la Fiscalía General de la Nación, negó las pretensiones incoadas (carencia actual de objeto por daño consumado), ello fue en atención a que no se encontraba acreditada la existencia de vacantes que permitieran emitir una orden de nombramiento en favor del interesado, lo cual, como ya se vio, no ocurrió en el *sub lite*, por lo que no constituye un antecedente aplicable en este escenario constitucional.

A partir de los anteriores prolegómenos, se concluye que las circunstancias propias del presente asunto satisfacen los presupuestos jurisprudenciales para la procedencia del amparo constitucional, motivo por el cual esta Corporación revocará la providencia impugnada que negó el amparo deprecado y, en su lugar, (i) se tutelarán los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso y acceso al ejercicio de cargos públicos de la señora Sally Cecilia Blanco Hinestroza, y (ii) se ordenará al señor Fiscal General de la Nación nombrar, en período de prueba, a quienes hacen parte de los registros de elegibles para los empleos de técnico I, grupo 3 (convocatoria 8 de 2008) o auxiliar II, grupo 1 (convocatoria 15 de 2008), en estricto orden de méritos y de conformidad con las vacantes existentes, hasta llegar a los puestos en que se encuentra la accionante. Para tal fin, se le concederá un término de 10 días contados a partir de la notificación de esta providencia.

(...)
(...)

FALLA:

1. Revócase la sentencia de 2 de febrero de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección F de la sección segunda), que negó el amparo deprecado y, en su lugar:

1.1 Tutélanse los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso y acceso al ejercicio de cargos públicos de la señora Sally Cecilia Blanco Hinestroza, en atención a lo indicado en la parte motiva.

1.2 En consecuencia, ordénase al señor Fiscal General de la Nación, que en el término de diez (10) días siguientes a la notificación del presente fallo, nombre, en período de prueba, a quienes hacen parte del registro de elegibles para los empleos de técnico I, grupo 3 (convocatoria 8 de 2008) o auxiliar II,

II. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ

Bogotá, D. C., ocho (8) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

F.T.: 077.

Radicación: 25000-23-37-000-2018-00051-01

Actor: Diego Alberto Preciado Mira

Accionado: Fiscalía General de la Nación

III. ***DEMANDADO: NACION - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN*****FALLO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION TERCERA SUBSECCION C**

Magistrada Ponente MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

Accionante Alberto Solano Pérez
Accionado Fiscalía General de La Nación
30 de octubre de 2017

(...) pagina 21

Precisado lo anterior, se tiene que pese a la existencia de un empate, el señor ALBERTO SOLANO PÉREZ, encuentra aún en situación y expectativa legitima de proveer, conforme a las reglas que para tales efectos haya trazado el concurso, sin que en consecuencia de ello, se pueda proveer amparo directo y estricto en razón de tal contexto.

Encuentra contrastado conforme a listado de personas nombradas y estado de sus nombramientos para la convocatoria 004, grupo III, allegado por la Subdirección de Talento Humano de la Fiscalía General de la Nación, que de los 161 cargos ofertados se han posesionado en periodo de prueba 141 personas, razón por la que persiste el expectativa del demandante para ser nombrado, pues de no resultar avante del proceso de desempate, al existir concursantes que de repente no acepten los nombramientos o se revoquen los mismos, se mueve por ende la lista para que sean cubiertos todos los cargos ofertados de manera definitiva.

Por lo anterior, estima la Sala que lo procedente es que la entidad continúe con la materialización de los nombramientos en la cantidad de vacantes que restan de los ya nombrados en periodo de prueba, y en el evento de que en algunos nombramientos deban ser revocados, por no ser aceptados, se continúe con los demás miembros que hacen parte del registro, de acuerdo a lo sostenido por el Consejo de Estado, anteriormente citado, de que la Fiscalía General de la Nación tiene el término de 20 días para hacer los nombramientos respectivos de la lista de elegibles y no puede tomarse un término de manera indefinida pues esto vulneraria derechos fundamentales de los participantes elegidos.

Y de cara al caso de empate que envuelve al señor ALBERTO SOLANO PÉREZ, adelante el trámite de desempate que haya señalado la entidad para tal caso y provea en orden de las resultas de dicho proceso.

Por lo tanto y teniendo en cuenta que para el presente caso se ofertaron 161 cargos, dentro de los cuales el aspirante y elegido ocupo en escenario de empate con otras cinco personas el puesto número 158, encontrándose dentro de la cantidad de vacantes ofertadas, se ordenará a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - SUBDIRECCIÓN NACIONAL DE APOYO A LA COMISIÓN DE LA CARRERA ESPECIAL**, que adelante proceso que desligue el empate presentado respecto del señor ALBERTO SOLANO PÉREZ, y según las resultas del mismo, en el término de 20 días hábiles siguientes a la notificación de la presente providencia realice los trámites administrativos para efectuar de forma efectiva el nombramiento del señor Solano Pérez, acatando en todo caso la lista en su respectivo orden sobre los cargos ofertados, y en el evento de que en algunos nombramientos deban ser revocados, por no ser aceptados se continúe con los demás miembros que hacen parte del registro de elegibles en estricto orden de elegibilidad.

(...)
(...)

FALLA

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales de igualdad y acceso a cargos públicos al señor **ALBERTO SOLANO PÉREZ** conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ordenar a la **COMISIÓN NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN DE LA CARRERA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, lo siguiente:

2.1. – En el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, adelante el trámite proceso que desligue el empate presentado respecto del señor **ALBERTO SOLANO PÉREZ** con las demás personas que encuentran en la misma posición y puntaje ponderado de la lista de elegibles contenida en el acuerdo 094 de 10 de octubre de 2017.

2.2. - De resultar formula que fragmente el desempate a favor del señor ALBERTO SOLANO PÉREZ, efectúe el nombramiento del mismo, en el cargo de PROFESIONAL DE GESTIÓN II GRUPO 3, para el cual concurso en la Convocatoria No. 004 de 2008 de la Fiscalía General de la Nación, en el término de veinte (20) días hábiles, siguientes a la notificación de la presente providencia, acatando en todo caso la lista en su respectivo orden sobre los cargos ofertados, y en el evento de que en algunos nombramientos deban ser revocados, por no ser aceptados se

continúe con los demás miembros que hacen parte del registro de elegibles en estricto orden de elegibilidad, entre los cuales permanece en todo caso el aquí tutelante.

(...)

(anexo fallo de tutela como documentos y pruebas)

IV. FALLO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION CUARTA SUBSECCION A

Magistrada Ponente AMPARO NAVARRO LOPEZ
Accionante Diego Alberto Preciado Mira
Accionado Fiscalía General de La Nación
31 de Enero de 2018

(...) pagina 13

Así las cosas, en virtud de los argumentos expuestos se procederá a amparar los derechos invocados por el actor, y, en consecuencia, se ordenará a la Fiscalía General de la Nación, que dentro del término de veinte (20) días siguientes a la notificación de la presente providencia, se efectúe el nombramiento del accionante, el señor DIEGO ALBERTO PRECIADO MIRA, en los cargos de Profesional de Gestión III y Profesional de Gestión II, condicionado a las vacantes existentes, de dichos cargos que se hubieran ofertado en las Convocatorias 003 y 004 de 2008.

F A L L A

PRIMERO: TUTÉLANSE los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a cargos y funciones públicas, al señor DIEGO ALBERTO PRECIADO MIRA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y, en consecuencia,

SEGUNDO: NIEGASE el derecho a la igualdad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación, que dentro del término de veinte (20) días siguientes a la notificación de la presente providencia, se efectúe el nombramiento del accionante, el señor DIEGO ALBERTO PRECIADO MIRA, en el cargo de Profesional de Gestión III y Profesional de Gestión II, condicionado a las vacantes existentes, de dichos cargos que se hubieran ofertado en las Convocatorias 003 y 004 de 2008.

De igual manera existen varios fallos de las altas cortes donde dejan en claro que si en la convocatoria se encontraba estipulado el uso de lista con cargos no ofertados se deben respetar las reglas del concurso como lo es el caso de:

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Expedientes: 11001032500020130130400 (3319-2013)[5]

11001032500020130157700 (4043-2013)

11001032500020140049900 (1584-2014)

Demandantes: Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), Miryam Leonor Riaño Coy y Piedad Milena Aguilar Sanjur[6]

Demandados: Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) y Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas (DIAN)

Asunto: Uso de las listas de elegibles para proveer empleos adicionales, pero iguales o equivalentes, a los inicialmente ofertados en el respectivo concurso

(...)

El artículo prevé un segundo supuesto fáctico que es el siguiente: dentro de los 6 meses de vigencia de la lista de elegibles, de llegar a presentarse otras vacantes en cargos de igual o inferior grado, correspondientes a la misma denominación, el nominador deberá proveerlas, de forma definitiva, realizando nombramientos en propiedad con personas que figuren en la inicial lista de elegibles.

(...)

Como se ha explicado, la disposición acusada le permite al Defensor del Pueblo utilizar una lista de elegibles para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación. Se pretende, de esta forma, vincular a la Entidad a personas que han concursado para un determinado cargo, en otro semejante o de inferior categoría. A su vez, la Corte adelantando una interpretación de la norma, conforme con la Constitución,

---

[5] Expediente primigenio.

[6] Coadyuvadas por los señores Alberto Mario González Jabba, Carlos Javier Castillo Romero, Víctor Emilio Peña Urrego, Cristo Alberto Blanco Cuadros, Héctor Julio Suárez Vargas.

concluyó que se trata realmente de un deber y que los nombramientos son realizados en propiedad y no en provisionalidad.

(...)

Así las cosas, la Corte considera necesario condicionar en primer lugar la exequibilidad de la norma en el sentido de que cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, correspondiente a la misma denominación, el empleo de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador.

(...)

El nominador no cuenta con una facultad sino con un deber al momento de recurrir a la lista de elegibles, a efectos de proveer un cargo de grado y denominación iguales para el cual se abrió originalmente el concurso de méritos. Lo anterior, bien entendido, durante el tiempo de vigencia de la lista de elegibles (6 meses).

(...)

- Por otra parte la Sala no tuvo en cuenta que el vencimiento fue ocasionado por todas las trabas que la misma FGN le coloco a los nombramientos en periodo de prueba donde la mencionada entidad tenía 20 días para realizar los nombramientos una vez publicaron las listas de elegibles es decir en agosto de 2015, y la FGN se tomó dos años lo que nos perjudica drásticamente como en mi caso, si la FGN hubiera realizado los nombramientos a los 20 días de Publicada la lista mi nombramiento ya se habría consolidado.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado dio varios pronunciamientos respecto a la demora de la FGN en realizar los respectivos nombramientos dichos fallos son los siguientes:

A. ***CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA QUINTA Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE*** falló en segunda instancia en contra la accionante, Confirmado el fallo de primera instancia y Fallando a favor de DIOCELINA VILLAMIL PINEDA. En contra de LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la COMISIÓN DE LA CARRERA ESPECIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

"La providencia que menciono a continuación tiene la misma situación fáctica y jurídica además de tener el mismo problema jurídico respecto al termino para realizar el nombramiento en periodo de prueba"

Apartes relevantes del fallo página 17

(...)

Nombrar uno a uno de los miembros del registro de elegibles y esperar a que cada uno de ellos acepte o no, prorrogue o no su nombramiento, para que concluida esa etapa se pueda nombrar al siguiente, implica una demora injustificada, máxime

cuando no fue ofertado un solo empleo, caso en el cual sí sería necesario ese procedimiento.

En el caso aludido, como para ninguno de los dos cargos se ofertó una sola vacante, sino más de una, lo procedente es efectuar el nombramiento en la misma cantidad de vacantes que fueron ofertadas y, en el evento de que en algunos casos deban ser revocados los nombramientos, por no ser aceptados por quienes en ellos recaen, se ha de continuar con los demás miembros que hacen parte del registro de elegibles, en riguroso orden de elegibilidad, al tenor de lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley 938 de 2004[7].

En atención a lo anterior, no hay duda de que el llamado a ocupar el cargo para el cual se convocó al concurso abierto de méritos es quien obtuvo el mayor puntaje y que la entidad está en su deber de proveer los cargos ofertados dentro de un plazo razonable, que la Sala considera debe ser de 20 días hábiles, atendiendo a las razones que sustentan la analogía *iuris* aplicaba por el juez de tutela de primera instancia, por las razones explicadas, con la cual, concuerda esta Sección, toda vez que esta interpretación atiende la prevalencia del derecho fundamental de acceso a cargos de la actora y de las demás personas que integran el registro de elegibles, frente a las injustificadas dilaciones de tipo administrativo que en su defensa esboza la Fiscalía General de la Nación.

Por tanto, no es aceptable la afirmación de la entidad accionada de que *"...el término para llevar a cabo los nombramientos en cada convocatoria es de dos años"*, pues lo cierto es que la lista de elegibles debe agotarse con prontitud y según la necesidad de proveer los empleos ofertados; máxime si se tiene en cuenta la inversión administrativa y financiera en que ha incurrido la entidad para llevar a cabo el concurso, en atención a los principios de celeridad, eficacia, economía, entre otros. Ahora, cosa distinta es que esa lista expire una vez transcurridos los dos años previstos para ello. (...)

La impugnación es por las anteriores consideraciones de derecho, y antecedentes jurisprudenciales respecto en mi caso particular para Que el Honorable TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA SALA DE DECISIÓN PENAL EN SEDE CONSTITUCIONAL revise la decisión de primera instancia, por carecer de las condiciones necesarias a la sentencia proporcionada, teniendo en cuenta Todo lo anterior:

II. CONSIDERACIONES

Por los anteriores fundamentos y antecedente jurídicos expuestos solicito RESPETUOSAMENTE la impugnación, además por que el fallo en contra mía No se ajusta a los hechos y antecedentes que motivaron la tutela ni a los derechos invocados,

---

[7] "***Artículo 64.*** *Durante el tiempo al que se refiere el artículo anterior,* ***no se podrá realizar proceso de selección para proveer cargos para los cuales se conformó la lista.*** *La provisión de estos deberá realizarse con las personas que figuren en la misma."*

De igual manera pido que se analice y se tenga en cuenta que si la lista de elegibles actualmente se encuentra vencida fue por la misma negligencia de la FGN.

Por lo que pido muy respetuosamente se me conceda la impugnación para que en segunda instancia se me concedan mis derechos fundamentales

III. PETICIONES

PRIMERO. Que se restablezcan los derechos fundamentales A LA DIGNIDAD HUMANA, LA GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, LA IGUALDAD, TRABAJO, DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VIA MERITO, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA Y LOS QUE EL DESPACHO CONSIDERE PERTINENTES, VULNERADOS U AMENAZADOS, de **HOMERO RAMIREZ ARANGO** identificado con cédula de ciudadanía No **6.324.431** de Guacarí Valle y se ordene de manera inmediata a la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** realizar el nombramiento en periodo de prueba y su posesión para un empleo bien sea que haya sido ofertado o no ofertado de acuerdo al articulo 66 de la Ley 938 de 2004 Con la denominación de Auxiliar 1; lo anterior En un término No superior a 48 horas Por haberse superado todas las pruebas, etapas del concurso, cumplir la totalidad de requisitos del empleo al cual se presentó y actualmente encontrarse como elegible, ya que era un deber legal por parte de la FGN hacer uso de lista de elegibles.

SEGUNDO: ORDENAR A LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION Y A SU COMISIÓN ESPECIAL DE CARRERA rendir un informe escrito a este Despacho, con los soportes respectivos, dentro de un término igual y siguiente al concedido para el cumplimiento del presente fallo.

IV. ADJUNTOS

1. Copia del salvamento de voto

V. NOTIFICACIONES

Recibo notificaciones en la siguiente dirección: Calle 8 No 10 - 94 Barrio Limonar Guacarí, Correo electrónico: **homeroramirezarango@hotmail.com**, Cel. **316 5842049**

Cordialmente,

Atentamente,

HOMERO RAMIREZ ARANGO
C.C 6324431 de Guacarí Valle

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS 2

HUGO QUINTERO BERNATE
Magistrado Ponente

STP12414-2020
Radicado 113711
Acta No. 264

Bogotá, D. C., nueve (9) de diciembre de dos mil veinte (2020).

VISTOS:

La Sala resuelve la impugnación interpuesta por HOMERO RAMÍREZ ARANGO, contra el fallo proferido, el 3 de noviembre del año en curso, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, mediante el cual negó el amparo constitucional para los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, a la igualdad, acceso a cargos, a la función pública a la buena fe y a la seguridad jurídica supuestamente conculcados por la Fiscalía General de la Nación.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Los hechos fueron resumidos por el Tribunal *a quo* de la siguiente manera:

> *"El señor HOMERO RAMÍREZ ARANGO, afirmó que la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, dio apertura a concurso abierto de méritos para proveer 1.716 empleos de carrera en esa entidad, proceso que se reguló por medio del acuerdo No. 001 de 2006 y del que se derivaron las Convocatorias No. 001, 002, 003, 004, 005, 006, 007, 008, 009, 010, 011, 012, 013, 014, y 015 de 2008.*
>
> *Refiere que se inscribió en la Convocatoria No. 015, en el cargo Auxiliar II, Grupo 1 donde ocupó el puesto 106 de 42 vacantes ofertadas y en la Convocatoria No. 015, en el cargo Auxiliar I Grupo 2 donde ocupó el puesto 106 de 87 cargos ofertados; culminando cada una de las etapas del concurso.*
>
> *Aduce que actualmente se encuentra como elegible para un cargo con la denominación de Auxiliar I, lo que le da derecho a que se nombre en un cargo similar al que se presentó; pese a lo anterior la FGN en ningún momento le ha realizado el ofrecimiento ni lo ha nombrado en periodo de prueba con los cargos ofertados y con los no ofertados.*
>
> *Señala que ha presentado varios derechos de petición ante la FGN, los cuales han sido resueltos, la última petición fue en abril de 2019, donde solicitó información respecto de los empleos ofertados denominados AUXILIAR I, ante lo cual el día 05 de junio de 2019 la FGN mediante radicado No. 2019300006571 da respuesta a la petición donde le informan cuantos nombramientos provisionales habían dentro de los 87 cargos ofertados en la convocatoria 015 grupo 2 y que solamente posesionaron 44 concursantes quedando 43 cargos desiertos y dentro de los 61 cargos ofertados en la convocatoria 015 grupo 23 solamente posesionaron 26 concursantes, quedando 38 cargos desiertos y donde en la misma respuesta informaron que, en total revocaron 142 cargos con la denominación Auxiliar I.*
>
> *Finalmente, solicita que a través de esta acción de tutela se le nombre en uno de los cargos que no fueron provistos, pues es obligación de la FGN de realizar su nombramiento en periodo de prueba en un cargo similar al que concursó".*

TRÁMITE DE LA PRIMERA INSTANCIA

Por auto del 21 de octubre de 2020, la Sala admitió la demanda y corrió el traslado respectivo al sujeto pasivo, disponiendo la vinculación de las demás personas con interés, la Comisión especial de Carrera de la Fiscalía General de la Nación y los participantes de la Convocatoria 015 de 2008, particularmente aquellos que se inscribieron para el cargo Auxiliar I.

1. La Fiscalía General de la Nación, hizo un recuento de las Convocatorias 001 a 015 del 26 de junio de 2008 mediante las cuales ofertó 1716 empleos del área financiera y administrativa de la entidad.

Sala Casación Penal@2020

Explicó que luego de aplicar las pruebas y conocer los resultados, la Comisión de la Carrera Especial de la institución, el 13 de julio de 2015 expidió y publicó el registro definitivo de elegibles para proveer los empleos disponibles.

Que según los artículos 67 de la Ley 938 de 2004 y 22 del Acuerdo 001 de 2006, se hizo la provisión de cargos en estricto orden descendente del listado, acorde con el puntaje obtenido por los participantes.

Puntualizó, acerca del caso particular del accionante, que de acuerdo con la información suministrada por la Subdirección de Apoyo a la Comisión de la Carrera Especial de la FGN, HOMERO RAMÍREZ ARANGO "*participó en el concurso*

de méritos del área Administrativa y Financiera del año 2008, en la convocatoria 15 Grupo 2, para el cargo de Auxiliar Administrativo II, hoy Auxiliar I, ocupando el puesto 442, cuando solo fueron convocados 87 cargos, conforme a lo establecido en el Acuerdo No. 0040 del 13 de julio de 2015", por tanto, concluyó que el demandante no alcanzó el puntaje necesario para lograr el nombramiento en el cargo por él pretendido.

Adicional a ello, la lista de elegibles contó con una duración de 2 años a partir de la fecha de su publicación (13 de julio de 2015), la cual perdió vigencia el 13 de julio de 2017, tal y como se especificó en las normas que rigen el concurso de méritos. Por consiguiente, solicitó se niegue el amparo al ser inexistente la vulneración alegada.

Sala Casación Penal ©2020

2. La Subdirectora Nacional de Apoyo a la Comisión de la Carrera Especial, aclaró que HOMERO RAMÍREZ ARANGO participó en el concurso de méritos del área financiera y administrativa de la Fiscalía General de la Nación del año 2008, únicamente en la Convocatoria 15 de 2008 en la que se anunciaron 87 empleos de Auxiliar Administrativo II, hoy Auxiliar I (al tratarse del Grupo 2) y no como lo indica en su escrito el demandante, en el que dice que también participó en el Grupo 1.

A la par, indicó que el accionante ocupó el puesto 442 en la lista de elegibles definitiva, posición que cambió en varias oportunidades en razón al cumplimiento de las decisiones constitucionales que obligaron a la Fiscalía a emitir los Acuerdos 031, 056, 060, 066, 069 y 071 en los que RAMÍREZ ARANGO figuró entre el puesto 443 y 447

Refirió que los términos y condiciones de dicha convocatoria fueron publicados en la página www.fiscalia.gov.co en el link de la comisión de carrera.

Seguidamente argumentó que es inexistente el derecho alegado por RAMÍREZ ARANGO, por el lejano puesto que ocupó en el consolidado de resultados y el vencimiento de la lista de elegibles. Aunado a la falta del requisito de inmediatez para promover la acción de tutela.

Por lo anterior, manifiesta que los derechos fundamentales invocados por el accionante no han sido vulnerados.

Sala Casación Penal ©2020

Los demás vinculados guardaron silencio.

El Tribunal Superior de Guadalajara de Buga negó el amparo al no encontrar satisfechos los requisitos de procedencia de la acción de tutela.

Respecto a la inmediatez, dijo la Corporación que el demandante esperó más de 3 años para interponer la queja constitucional, término desproporcionado ante la presunta vulneración de sus derechos.

En cuanto a la subsidiariedad, consideró que es la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la llamada a dirimir el conflicto planteado por el actor, quien cuenta con dispositivos eficaces para contrarrestar el agravio denunciado.

Por último, no halló perjuicio irremediable que permita estudiar de fondo la pretensión de HOMERO RAMÍREZ ARANGO.

El accionante inconforme con el fallo lo impugnó. Se remitió a múltiples providencias de igual naturaleza proferidas por las diferentes corporaciones judiciales del país que amparan los derechos de los reclamantes en idénticas condiciones que las expuestas por él en el libelo introductorio.

De igual manera, explica que el mecanismo idóneo de protección es la tutela, como así lo reconocen las autoridades judiciales que en extenso transcribe.

Insiste que le asiste razón en su pretensión de ser nombrado en propiedad puesto que a pesar de estar vencida la lista de elegibles, la Fiscalía tenía la obligación de proveer todos los cargos que ofertó en la convocatoria sin que así lo hubiere hecho, por ello, merece ocupar una de las actuales vacantes "*por haberse superado todas las pruebas, etapas del concurso, cumplir la totalidad de requisitos del empleo al cual se presentó y actualmente encontrarse como elegible, ya que era un deber legal por parte de la FGN hacer uso de lista de elegibles*".

Sala Casación Penal @ 2020

Por lo anterior, solicitó se revoque el fallo de primera instancia, en su lugar, se ordene de manera inmediata a la Fiscalía realizar el nombramiento en periodo de prueba con la correspondiente posesión.

considera que reúne los requisitos necesarios para su designación en carrera.

4. El reclamo del demandante no tiene vocación de prosperar, debido a que, tal como lo sostiene el Tribunal *a quo* la acción carece de los requisitos de procedibilidad.

4.1. Sobre el particular, debe indicar la Sala, en primer término, que la censura resulta inoportuna, dado que entre la expiración de la lista de elegibles -15 de julio de 2017- y la data en que se instauró la acción de tutela -21 de octubre de 2020- transcurrieron 3 años y 3 meses. Aunado a ello el actor no brindó ninguna excusa valedera para justificar su demora.

En atención a lo expuesto es claro que el accionante contaba con los medios y las facilidades para acudir al mecanismo de amparo, por tanto, no puede pretender justificar su inactividad para superar el principio de inmediatez, que constituye requisito de procedencia de la acción de tutela, el cual exige que quien sienta lesionados o amenazados sus derechos fundamentales, la interponga en un término razonable. De lo contrario, no se explicaría la necesidad de acudir a este mecanismo excepcional de protección. (Sentencia SU – 961 de 1999, reiterada entre otras, en la sentencia T – 309 de 2013).

Sala Casación Penal 2020

4.2. De igual manera, la acción de tutela no tiene connotación alternativa o supletoria, es decir, que su ejercicio no puede darse en forma paralela a los medios de defensa judiciales comunes, ni tampoco se instituyó como último recurso al cual se pueda acudir cuando aquellos no se

determinación, no surgen motivos para determinar que el promotor del resguardo podría padecer un perjuicio de esta naturaleza o sufrir un daño irreversible que tenga la virtualidad de comprometer o amenazar de manera concreta, grave y específica sus derechos fundamentales.

Por manera que, la existencia de un medio de defensa judicial mediante el cual pueden exponerse las inconformidades que se han puesto de presente a través del mecanismo excepcional, que dicho sea de paso son reiterativas de los argumentos esgrimidos ante la autoridad demandada, torna improcedente esta solicitud de tutela (numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991) al tratarse de una controversia jurídica que ha de ser resulta por el juez natural, especialmente porque no está acreditada, ni lo advierte la Sala según se precisó en precedencia, una evidente situación de perjuicio que haga forzosa la intervención transitoria del juez constitucional.

Sala Casación Penal @2020

5. Acotación final.

Por último, esta Corporación debe advertir que, aunque el accionante invoca el amparo al derecho a la igualdad, los jueces inferiores, aquellos distintos a las Altas Cortes, no están obligados a aplicar el precedente judicial horizontal, es decir, decisiones de sus pares, pues éstos, en realidad, tienen que analizar la vinculatoriedad del precedente vertical, en este caso, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria (T-766/2008, T-443/2010). Y, obvio, están atados por su propio precedente pero su violación implica mayormente es un problema de

antecede al fallo pero que de ninguna manera es vinculante para el juez colegiado.

De acuerdo con lo anterior, surge claro para la Sala la improcedencia de la acción de amparo, por tanto, se confirmará la sentencia recurrida.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas 2 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Sala Casación Penal@2020

1. CONFIRMAR el fallo del 3 de noviembre de 2020 proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Guadalajara de Buga que negó la acción de tutela interpuesta por HOMERO RAMÍREZ ARANGO.

2. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA

SALA DE DECISIÓN PENAL DE TUTELAS

Magistrado Ponente:
JUAN CARLOS SANTACRUZ LÓPEZ

Referencia: Impugnación de Tutela de Primera Instancia
Radicación: 76111-22-04-003-2020-00475-00
Accionante: HOMERO RAMIREZ ARANGO
Accionado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Ciudad y fecha: Guadalajara de Buga, Valle, 9 de noviembre de dos mil veinte (2020)

Dentro del término legal el accionante Homero Ramírez Arango, presentó impugnación en contra del fallo de tutela proferido el 3 de noviembre de 2020, discutido y aprobado en acta No. 254, por la sección de la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga que preside el suscrito.

En consecuencia, se conceder el recurso de impugnación y se dispone la remisión de la carpeta virtual a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, líbrese las comunicaciones previstas en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CÚMPLASE,

El Magistrado,

JUAN CARLOS SANTACRUZ LÓPEZ