



TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Pamplona
SALA ÚNICA. - 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 ellas¹, 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 2020³, 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” entendiéndose con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con 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.

PETICIONES⁴

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 2020⁵ 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, vulneraría 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 INSTANCIA⁸

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. Ateniendo 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.

IMPUGNACIÓN⁹

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 anteriores¹⁰, por no haberlo planteado así la pasiva, nada obsta para que se emita decisión de mérito¹¹.

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 VILLARREAL 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 subsidiariedad¹².

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 particular¹³.

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 *Ibidem*.

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 jurídica¹⁵.

En el 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 2004¹⁶.

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 agotarlo¹⁷, 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 mencionada¹⁸.

*Negrilla fuera de texto.

Dado que el Acuerdo gobernante de la convocatoria 433 fue el 201610000001376 de 5 de septiembre de 2016¹⁹, 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 OPEC²⁰.

*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 2020²⁵, que su lista fue emitida el 17 de julio de 2018²⁶

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 CNSC²⁷, 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 señalado²⁸”.

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 ello²⁹, 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 2020³⁰ y del ICBF de 5 de marzo de 2020³¹ 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 invocados³².

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 CPCA³³. 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

³²Corte 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 Política³⁴. 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 2017³⁵ 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 lugar³⁶, lo que arrojó el nombramiento en los empleos a quienes ocuparon los tres primeros lugares vacantes ofertados, según informó el ICBF mediante oficio 202012100000060601 del 2020 del ICBF³⁷.

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 eficaces³⁵ para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes³⁵ 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 tiempo³⁵, es decir, se necesita una acción de protección inmediata³⁵; 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 reúso³⁸, 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 reflató la posibilidad de reúso de su lista de elegibles.

5.- En su respuesta a esta acción⁴⁰, 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 meritosa, 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 202012100000060601 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 participó⁴⁴.

*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 número de OPEC***”. Señalados por la CNSC⁴⁶.

*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 *Ibidem*.

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 entrecruzarse 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 constitucional⁴⁷.

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 ofertados⁴⁸, 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 constitucional⁴⁹.

*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://grupoguard.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 asunto⁵².

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 CNSC⁵³), 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 inadmisibles, 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 inconstitucionalidad⁵⁶ 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 2016⁵⁸ 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 mérito⁵⁹.

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 VILLARREAL 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 VILLARREAL	3 días
CNSC: Informa si MARTHA CECILIA LUQUE VILLARREAL 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 VILLARREAL 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 VILLARREAL 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

RESUELVE

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.