



JUZGADO TREINTA Y CUATRO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Medellín, veintidós (22) de julio de dos mil veinte (2020)

RADICADO	05001-33-33-034-2020-0137-00
ACCIÓN	TUTELA
ACCIONANTE	ANDERSON MÚNERA BEDOYA
ACCIONADO	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF
ASUNTO	ADMITE -Vincula a CNSC y terceros - Niega medida provisional

ANDERSON MÚNERA BEDOYA quien se identifica con C.C. 71.293.945 interpone acción de tutela en contra del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF**, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales, protegidos por la Constitución Política.

Además de lo anterior, y con base en lo expuesto en el escrito de tutela advierte el Despacho la necesidad de **VINCULAR** a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC**, así como a los **integrantes de la lista de elegibles de la Convocatoria N° 433 de 2016** convocada mediante Acuerdo 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016, plasmada en la Resolución No.20182230072535 del 17 de julio de 2018 que conformó lista de elegibles para proveer 44 vacantes del empleo código OPEC 34112 denominado Defensor de Familia código 2125 grado 17 y a los **nombrados en el citado cargo -Defensor de Familia código 2125 grado 17- con ocasión de la Resolución No. 3774 del 10 de junio de 2020 del ICBF.**

En el escrito de tutela, al relatar el asunto se advierte de una **MEDIDA PROVISIONAL**, en el sentido de que se suspenda provisionalmente los efectos de la Resolución No. 3774 del 10 de junio de 2020, pues considera que se vulnera el derecho a una estabilidad reforzada, a acceder a cargos públicos, buena fe, confianza legítima, respeto del acto propio y seguridad jurídica, además de igualdad, debido proceso, dignidad humana y mínimo vital, pues considera que estaría en encargo hasta la realización de una nueva convocatoria pública y con base en ello adquirió obligaciones en un encargo fiduciario para comprar un inmueble del que debe aun 10 cuotas, además que responde por su grupo familiar, por lo que retornar al cargo de técnico administrativo 3124 grado 10 en carrera con un salario de \$1.500.000, se le ocasiona un perjuicio irremediable.

En atención a lo anterior el Despacho advierte que en virtud de lo establecido en el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, no accederá a la adopción de la cautela provisional solicitada, toda vez que para determinar la ocurrencia o no de una vulneración a derechos fundamentales con la actuación administrativa censurada y el aducido riesgo de un perjuicio irremediable, que permita encontrar reunidos los elementos de subsidiariedad e inmediatez y que ameriten una orden de amparo en el marco de la acción constitucional de la referencia, requieren de un análisis

probatorio más amplio y de fondo, ya que de la sola aprehensión preliminar -los documentos arrimados y argumentos expuestas- no es dado aún establecer la afectación a garantías fundamentales aludida y la apariencia de buen derecho *prima facie* en sede de tutela, así como la presencia de un perjuicio inevitable o daño irreversible, que amerite la adopción de una medida *necesaria y urgente* -sin que esto implique prejuzgamiento-, en tanto que ello requiere como se dijo, de una valoración jurídica y probatoria mayor; razón por la cual, este aspecto -solicitud de suspensión provisional- será objeto de estudio en la decisión que finiquite la acción constitucional, providencia que en todo caso, será proferida **en un término no mayor a 10 días hábiles y en la que serán tomadas las medidas requeridas a que haya lugar.**

Teniendo en cuenta lo anterior, se asume la competencia, acorde con el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1983 de 2017, y en atención a que la solicitud de amparo constitucional reúne los requisitos establecidos en el artículo 86 de la Constitución Política, el **JUZGADO TREINTA Y CUATRO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE,

PRIMERO. ADMITIR la presente **ACCIÓN DE TUTELA** promovida por **ANDERSON MÚNERA BEDOYA** quien se identifica con C.C. 71.293.945 en contra del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF.**

SEGUNDO. SE VINCULA a la presente acción constitucional **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC.**

TERCERO. SE VINCULA a la presente acción constitucional como terceros interesados a los **integrantes de la lista de elegibles de la Convocatoria N° 433 de 2016** convocada mediante Acuerdo 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016, plasmada en la Resolución No.20182230072535 del 17 de julio de 2018 que conformó lista de elegibles para proveer 44 vacantes del empleo código OPEC 34112 denominado Defensor de Familia código 2125 grado 17 y a los específicamente **nombrados en el citado cargo -Defensor de Familia código 2125 grado 17- con ocasión de la Resolución No. 3774 del 10 de junio de 2020 del ICBF.**

CUARTO. Se **ORDENA** a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, que una vez recibida la notificación de este proveído:

-En el término máximo de **1 día**, contado a partir de la notificación, **publique aviso** en un lugar visible del portal web de la Convocatoria 433 de 2016 -acciones constitucionales- comunicando la admisión de la tutela de la referencia y del escrito de tutela junto con sus anexos, **debiendo remitir en el mismo lapso al correo electrónico del Juzgado prueba del cumplimiento de lo anterior.**

-En un término máximo de **1 día** contado a partir de la notificación de este auto, deberá **enviar comunicación a los correos electrónicos de quienes integran la lista de elegibles del empleo código OPEC 34112 denominado Defensor de Familia**

código 2125 grado 17 conforme a la **Resolución No.20182230072535 del 17 de julio de 2018**, adjuntando copia, o con hipervínculo al link de la Convocatoria 433 de 2016 acciones constitucionales en el portal web -, del auto admisorio de la tutela de la referencia y del escrito de tutela junto con sus anexos, **debiendo remitir en tal lapso al correo electrónico del Juzgado prueba del cumplimiento de lo anterior.**

QUINTO. Se **ORDENA** a **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF**, que una vez recibida la notificación de este proveído y en un término máximo de **1 día, remita comunicación** a los correos electrónicos de todos aquellos que fueron nombrados en el cargo Defensor de Familia código 2125 grado 17, con ocasión de la **Resolución No. 3774 del 10 de junio de 2020** del ICBF, incluyendo a quien ocupa en la actualidad el cargo de Defensor de Familia 2125-17 (25635) Regional Antioquia, adjuntando copia del auto admisorio de la tutela de la referencia y del escrito de tutela junto con sus anexos, **debiendo remitir en tal lapso al correo electrónico del Juzgado prueba del cumplimiento de lo anterior.**

SEXTO SE ORDENA NOTIFICAR por el medio más expedito y eficaz posible la presente decisión al representante legal del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF** y de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, o a quien haga sus veces, para que dentro del término de **DOS (2) DÍAS** siguientes a esta notificación, se pronuncien sobre los hechos y fundamentos de derecho expuestos por la accionante y pida las pruebas que pretendan hacer valer. Lo anterior de conformidad con lo establecido en los artículos 13,16, y 19 del Decreto 2591 de 1991 y 5º del Decreto 306 de 1992.

SÉPTIMO. Los vinculados referidos en el ordinal Tercero, igualmente tendrán **dos (2) días para intervenir**, contados a partir de que sean notificados por correo electrónico y se fijen en la página web de la CNSC la admisión de la tutela, teniendo posibilidad de pronunciarse sobre la tutela de la referencia en los términos de los cánones 13, 16, 19 del Decreto 2591 de 1991 así como el precepto 5º del Decreto 306 de 1992.

OCTAVO. No accede a decretar la medida cautelar provisional solicitada.

NOVENO. En consideración a las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura C.S de la J.¹, en especial en materia de acciones de tutela, las intervenciones deberán dirigirse únicamente al correo electrónico: **adm34med@cendoj.ramajudicial.gov.co**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

**RICARDO LEON CONTRERAS GIRALDO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 034 ADMINISTRATIVO DE MEDELLIN**

¹ Entre otros, los Acuerdos PCSJA 20-11567 y 20-11581 de 2020 emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura, en armonía con los Acuerdos del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, 20-56, 20-62 y 20- de 2020.

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:

**67b1c1374beaec02f30e77653972ebfe91a82461371fb1366096ebef820fc81
9**

Documento generado en 22/07/2020 11:31:07 a.m.

Señores
JUECES DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN (Reparto)
E.S.D.

REFERENCIA	ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONADO	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF
ACCIONANTE	ANDERSON MÚNERA BEDOYA
ASUNTO	ACCIÓN DE TUTELA CON SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

Anderson Múnera Bedoya identificado con C.C. No. 71.293.945 y actuando en nombre propio, con domicilio en el municipio de Itagüí, me dirijo ante ustedes, en ejercicio de la acción de tutela en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF, representado legalmente por la Sra. LINA MARIA ARBELAEZ y/o quien haga sus veces, por la amenaza y/o violación de los derechos a la estabilidad laboral reforzada, a acceder a cargos públicos, a la buena fe en las modalidades de confianza legítima, respeto al acto propio y seguridad jurídica, a la igualdad, al debido proceso, a la dignidad humana, y al mínimo vital, consagrados en los artículos 53, 40 No. 7, 83,13, 29 y 1 de la Constitución Política de Colombia, con fundamento en los siguientes

I. HECHOS

1. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF por medio del Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2019 convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF a través de la Convocatoria No. 433 de 2016, dicho proceso se adelantó en vigencia de la Ley 909 de 2004.
2. En el precitado acuerdo de convocatoria estableció en el párrafo del artículo 62 que **Las listas de elegibles solo se utilizarán para proveer los empleos reportados en la OPEC de esta convocatoria, con fundamento en lo señalado en el Decreto 1894/12, mientras este se encuentre vigente.** (Negrillas extra texto)
3. Mediante el Decreto 1479 de 4 de septiembre de 2017 el Gobierno Nacional amplió la planta de personal en el ICBF.
4. En virtud de la Resolución 6467 de 25 de mayo de 2018 por medio de la cual se me hace nombramiento en periodo de prueba para el cargo de Técnico Administrativo 3124 grado 10 (10377), el 19 de junio de 2018 me posesioné al cargo en el Centro Zonal Noroccidental de la regional Antioquia del ICBF y adquirí derechos de carrera con la valuación anual del 31 de enero de 2019.
5. De conformidad con lo anterior, por medio de la Resolución 3938 de 16 de mayo de 2019 se me encarga en el cargo de Defensor de Familia 2125-17 (25675), posesionándome en el cargo mediante acta de posesión No. 0037 de 5 de junio de 2019.

6. El Congreso de la República expidió la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, publicada en el Diario Oficial No. 50.997 y en lo pertinente dispuso que la entrada en vigencia sería a partir de su publicación.
7. Por medio de la Circular Conjunta No. 20191000000117 de 29 de julio de 2019 emanada de la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Departamento Administrativo de la Función Pública, se impartieron lineamientos frente a la aplicación de las disposiciones contenida en la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, en relación con la vigencia de la ley-proceso de selección, informe de las vacantes definitivas y encargos, precisando la irretroactividad de la Ley 1960.
8. El Departamento Administrativo de la Función Pública emitió varios conceptos, entre ellos los conceptos 285251 de 29 de agosto de 2019 radicado 20196000285251, concepto 287531 de 2 de septiembre de 2019 radicado 20196000287531, concepto 101591 de 12 de marzo de 2020 radicado 20206000101591, concepto 116721 de 25 de marzo de 2020 radicado 20206000116721, concepto 119821 de 27 de marzo de 2020 radicado 20206000119821 y el último de ellos, fue el concepto de 20206000226411 de 10 de junio de 2020. Todos ellos con posición uniforme y reiterada acerca de la aplicación irretroactiva de la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia de la inaplicabilidad de la provisión de cargos mediante lista de elegibles para las convocatorias vigentes antes del 27 de junio de 2019, fecha en que entró en vigencia la Ley 1960 de 2019.
9. La Comisión Nacional del Servicio Civil expidió el Criterio Unificado “Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2020” de 1 de agosto de 2019 expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil en donde se indicaba que el ámbito de aplicación de la Ley 1960 no tenía efectos retroactivos.
10. La Comisión Nacional del Servicio Civil el 16 de enero de 2020 emitió Criterio Unificado sobre el uso de las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, confiriendo la posibilidad de hacer uso de las listas de elegibles al resultado de convocatorias anteriores a la entrada en vigencia de dicha ley para proveer vacantes no ofertadas en esos procesos de selección, es decir que le otorgó a la Ley 1960 de 2019 efectos retroactivos.
11. El 12 de marzo de 2020 la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante el Acuerdo No. 0165 dispuso en el numeral 3º del artículo 8 que el uso de las listas de elegibles será utilizado para proveer definitivamente las vacantes de la entidad cuando se generen vacantes del “mismo empleo” o de “cargos equivalentes” en la misma entidad. Y por su parte el artículo 13 estipuló que la vigencia del acto administrativo, es decir lo concerniente al uso de lista de elegibles, sería aplicado partir de la publicación, situación que acaeció el 17 de marzo de 2020 con la publicación en el diario oficial, y además estableció en el parágrafo del mismo artículo que:
Para los procesos de selección aprobados con anterioridad a la expedición de este Acuerdo, se aplicarán las disposiciones contenidas en la normatividad vigente al momento de su aprobación. (Negritas fuera del texto)
Es decir, que este Acuerdo de manera explícita indico que la lista de elegibles no se aplica de manera retroactiva.

12. El 8 de julio de 2020 el Comisionado Fridole Ballén Duque de la CNSC en radicado 20202010513001 en donde se solicita revisión del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 precisa que:

Bajo estas consideraciones, en el referido Criterio se indicó que: “las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deben usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta Pública de Empleos -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrirá las nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los **“mismos empleos” (...)**” (Resaltado original)

Lo anterior sin incluir, para los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, la posibilidad de uso de las listas de elegibles para proveer empleos equivalentes, en la medida que dicho evento nació a la vida jurídica con la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, **por lo que no abarca las convocatorias anteriores a esta disposición, situación que contrario a lo estimado, no configura una incongruencia respecto de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 6º de la mencionada Ley 1960.**

Al respecto, cabe recordad que los aspirantes que integran las listas de elegibles expedidas en el marco de los concursos de méritos aprobados antes del 27 de junio de 2019, detentan una situación jurídica consolidada y están amparados bajo las normas regulatorias de sus respectivos procesos de selección.

En consecuencia, las disposiciones comprendidas en el artículo 6º de la Ley 1960 les serán aplicables a los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019. (Énfasis a propósito)

13. Mediante el artículo 4 de la Resolución No. 3774 de 10 de junio de 2020 publicada el 13 de julio de 2020, expedida por el señor GUSTAVO MAURICIO MARTÍNEZ PERDOMO secretario general de la dirección general del ICBF, se da por terminado mi encargo como Defensor de Familia.

14. El 15 de julio de 2020 envié recurso de reposición contra la citada resolución al señor GUSTAVO MAURICIO MARTÍNEZ PERDOMO, sin que a la fecha me diera respuesta alguna.

15. Mediante el Acuerdo No. CSJANTA20-80 de 12 de julio de 2020 “por medio del cual se dispone el cierre transitorio de los Despacho Judiciales ubicados en la Comuna 10- La Candelaria de la Ciudad de Medellín, expedido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia, se suspendieron los términos procesales en los Juzgados Administrativos de Medellín.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHOS

Señor Juez esta acción se fundamenta en que el ICBF viene haciendo uso de la lista de elegibles de manera arbitraria, desconociendo el marco legal y constitucional en la materia, para dar una mayor claridad a mis argumentos, me permito citar en primer lugar el marco legal aplicable al caso concreto, seguidamente el marco jurisprudencial y finalmente justificar como el ICBF está vulnerados los derechos fundamentales cuya protección se solicita en esta acción.

MARCO LEGAL

En primer lugar, es importante tener presente que el numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 establece que la Convocatoria, como una etapa del proceso de selección para proveer vacantes definitivas de cargos de carrera administrativa, “(...) **es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes**” (subrayado fuera de texto)¹

En ese sentido, se reitera que El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF por medio del Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2019 convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF a través de la Convocatoria No. 433 de 2016, proceso que se adelantó en vigencia de la Ley 909 de 2004.

Y en particular, el acuerdo de convocatoria de obligatorio cumplimiento estableció en el párrafo del artículo 62 que **Las listas de elegibles solo se utilizarán para proveer los empleos reportados en la OPEC de esta convocatoria, con fundamento en lo señalado en el Decreto 1894/12, mientras este se encuentre vigente.** (Negrillas extra texto)

De tal suerte que, si en vigencia de la lista de elegibles se crean cargos nuevos y que no fueron ofertados en la Oferta Pública de Empleos- OPEC- tal como sucedió con todos los cargos que se crearon mediante el Decreto 1479 de 4 de septiembre de 2017 expedido por el Gobierno Nacional en donde se amplió la planta de personal en el ICBF, estos cargos deben proveerse mediante la modalidad del encargo y la provisionalidad y no haciendo uso de lista de elegibles para cargos que no fueron objeto de la OPEC.

Lo anterior, de conformidad con la Ley 909 de 2004 en donde en sus artículos 24 y 25 estableció el deber de la administración de proveer los empleos de carrera administrativa a través de la figura del encargo o la provisionalidad **mientras se adelanta la respectiva convocatoria pública de méritos**² y el numeral 4 del artículo 31 regula la vigencia de la lista de elegibles por dos años y **su uso se debe aplicar para cubrir las vacantes para las cuales se concursó.**

De igual manera, El Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública 1083 de 2015 estableció en su artículo 2.2.5.3.1 la forma en proveer los empleos públicos a través del encargo y la provisionalidad y en su artículo 2.2.5.3.2 **previó que la provisión del empleo debe adelantarse por medio de convocatoria, por su parte, el párrafo del mismo artículo preceptúa que las listas de elegibles solo podrán ser utilizadas para**

¹ Norma reiterada en el artículo 2.2.6.3 del Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública 1083 de 2015 modificado por el Decreto 648 de 2017 en donde se establece en idénticos términos que: la **convocatoria es norma reguladora de todo concurso y obliga a la Comisión Nacional del Servicio Civil, a la administración, a la entidad que efectúa el concurso y a los participantes.**

² Facultad legal reiterada en el artículo 44 del Decreto Ley 760 de 2005 en donde se indica que la Comisión Nacional del Servicio Civil-, podrá autorizar encargos en empleos de carrera, sin previa convocatoria a concurso y en las vacancias temporales generados por el encargo, se podrá efectuar nombramiento provisional.

proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos. (Énfasis a propósito)

Dado lo anterior, reitero que el ICBF tiene la obligación legal de dar cumplimiento al acuerdo de la Convocatoria 433 de 2016, en donde se estipuló que el uso de la lista de elegibles sería únicamente para proveer las OPEC que fueron objeto de concurso, situación que venía respetando el ICBF hasta que se expidió la Ley 1960 de 27 de junio de 2019.

De otro lado, con la modificación que le introdujo la Ley 1960 a la Ley 909 de 2004, el 29 de julio de 2019 se expidió la Circular No. 20191000000117 conjunta expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Departamento Administrativo de la Función Pública por medio de la cual se impartieron lineamientos frente a la aplicación de las disposiciones contenida en la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, en relación con la vigencia de la ley-proceso de selección, informe de las vacantes definitivas y encargos.

Este acuerdo en su numeral 6º establece el siguiente lineamiento:

Vigencia del artículo 29 de la Ley 909 de 2004, modificado por la Ley 1960 de 2019 y procesos de selección a los que aplica.

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

Conforme con las etapas definidas en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 31 de enero de 2019, radicado 11001-03-25-00-2016-01107, número interno 4574-2016 Consejero Ponente Dr. César Palomino Cortés y la Corte Constitucional en sentencia C-183 de 2019, los procesos de selección existen jurídicamente desde el momento en que son aprobados por la Sala Plena de la CNSC, como consecuencia del agotamiento de la etapa previa de planeación y coordinación interinstitucional.

Los procesos aprobados en sesión de Comisión hasta antes del 27 de junio de 2019 podrán ser modificados, corregidos o aclarados en cualquiera de sus aspectos en los términos de la normatividad que se encontraba vigente antes de la expedición de la Ley 1960 de 2019.

Con fundamento en lo antes citado, los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019 se regirán por el artículo 29 de la Ley 909 de 2019. (Negrillas fuera del texto original)

En igual sentido, El Departamento Administrativo de la Función Pública emitió varios conceptos, entre ellos los conceptos 285251 de 29 de agosto de 2019 radicado 20196000285251, concepto 287531 de 2 de septiembre de 2019 radicado 20196000287531, concepto 101591 de 12 de marzo de 2020 radicado 20206000101591, concepto 116721 de 25 de marzo de 2020 radicado 20206000116721, concepto 119821 de 27 de marzo de 2020 radicado 20206000119821 y el último de ellos, fue el concepto de 20206000226411 de 10 de junio de 2020. Todos ellos con posición uniforme y reiterada acerca de la aplicación irretroactiva de la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia de la

inaplicabilidad de la provisión de cargos mediante lista de elegibles para las convocatorias vigentes antes del 27 de junio de 2019, fecha en que entró en vigencia la Ley 1960 de 2019.

Posteriormente, la CNSC realizó dos interpretaciones de esta Ley, la primera, mediante el Criterio Unificado “Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2020” de 1 de agosto de 2019, en donde se señaló que la aplicación de la Ley 1960 tendría efectos ultractivos, es decir, se proscribía la aplicación retroactiva de la Ley 1960. No obstante, el 16 de enero de 2020 la CNSC aprobó el Criterio Unificado “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019”, el cual cambió de manera ilegal y arbitraria las reglas de juego de todas las convocatorias vigentes antes del 27 de junio de 2019, al otorgar efectos retroactivos a la Ley 1960.

En lo que sigue, es necesario tener en consideración que en tratándose de este último Criterio Unificado, este nació viciado a la vida jurídica, por expedición irregular del acto administrativo como consecuencia de falta de motivación, fue expedido de igual manera con falsa motivación y con infracción en las normas en que debía fundarse y, de otro lado, se encuentra derogado por el Acuerdo No. 0165 de 12 de marzo de 2020, como pasamos a explicar.

Respecto a los vicios del acto administrativo de manera breve hay que mencionar que este presenta una falta de incongruencia en su estructuración, esto por cuanto, el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020 hace referencia expresa a que la Ley 1960 tiene efectos jurídicos solo a partir de la promulgación de la ley, atendiendo al principio de la irretroactividad de la ley, no obstante, y sin mediar argumento alguno, el nuevo criterio otorga efectos retroactivos a esta ley, lo que conlleva a que este acto administrativo presente una incongruencia lógica y con mayor razón legal, con el objetivo de demostrar lo anterior, me permito describir cómo fue estructurado el acto administrativo de la siguiente manera:

Inicialmente el acto administrativo enuncia el marco normativo sobre el cual se va a fijar el lineamiento, esto es la Ley 909 de 2004, Decretos 1083 de 2015 y 648 de 2017 y la Ley 1960 de 2019.

Seguidamente se plantea los siguientes problemas jurídicos:

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

Respecto al primer interrogante se menciona la modificación que introdujo la Ley 1960 de 2019 y seguidamente trae a colación la Circular Conjunta 20191000000117 de 29 de Julio de 2019 de la CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública- DAFP, en el que se concluye que la modificación introducida por la Ley 1960 de 2019 rige a partir del 27 de junio de 2019 y tiene efectos jurídicos hacia el futuro, es decir, no afecta las convocatorias iniciadas en virtud de la ley 909 de 2004.

A continuación, citan un apartado de la sentencia C-763 de 2002 del M.P. Jaime Araujo Rentería para darle solidez al argumento anterior, haciendo énfasis en el principio de Ultractividad de la ley.

En lo que sigue, expresa textualmente:

En virtud de los apartes jurisprudenciales en cita y teniendo en cuenta que el concurso está integrado por diferentes actos administrativos iniciando con el de convocatoria al proceso de selección y culminando con el de evaluación del periodo de prueba, se concluye que las convocatorias para proveer vacantes definitivas de empleos de carrera, iniciadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, deberán agotar el procedimiento conforme a las reglas previamente establecidas en la convocatoria y en las normas que le sirvieron de sustento, con el fin de garantizar seguridad jurídica a las entidades y a los aspirantes.

Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.

Como puede apreciarse, hasta acá el acto administrativo tiene completa lógica, con una argumentación sólida y coherente acerca de la aplicación de la Ley 1960 con efectos ex nunc, es decir con aplicación hacia el futuro, respetando con esto el ordenamiento jurídico.

A continuación, el criterio unificado en el siguiente párrafo continúa en los siguientes términos:

De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los **"mismos empleos"** 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 un número de OPEC.

Indiscutiblemente en este párrafo quiero llamar la atención del despacho, por cuanto, es acá donde hay una ilación argumental incongruente, de modo que, sin mediar razonamientos adicionales se llega a la conclusión de que se le debe dar aplicación retroactiva a la Ley 1960 de 2019.

Precisamente el cambio de criterio del uso de la lista de elegibles implica que se expongan esas razones para que la CNSC se aparte del Criterio Unificado de 1 de agosto de 2019, lo que conlleva de manera ineludible a que a CNSC debió exteriorizar los argumentos que permitieran establecer la relación causal del porqué la Ley 1960 de 2019 se debe aplicar retroactivamente.

Sin lo anterior, es decir, sin la respectiva fundamentación jurídica, no estamos frente a un acto válido de la administración, sino frente a una decisión caprichosa; esto se fundamenta en la medida en la que el acto administrativo carece de lógica jurídica.

Al respecto el licenciado en filología e idiomas Álvaro Díaz Rodríguez³ señala que un texto escrito se configura a partir de cinco propiedades a saber:

1. Se concibe con un propósito comunicativo específico
2. Tiene sentido completo
3. Unidad
4. Coherencia
5. Cohesión

De donde se puede concluir con base en el autor que venimos de comentar que el acto administrativo no tiene sentido completo por cuanto en la parte considerativa indica que la aplicación de la Ley 1960 se da a partir de la promulgación de esta, no obstante, en la parte resolutive se dice que la aplicación debe ser retroactiva, además el acto administrativo ni siquiera desarrollo parcialmente la idea del porqué se debía aplicar retroactivamente la Ley 1960, razón por la cual el Criterio Unificado carece de unidad, no cuenta con coherencia, como se exhibió, una vez se habla de la ultractividad de la ley a renglón seguido sin mediar ningún tipo de motivación se habla de lo contrario, lo que constituye una falta de coherencia total y respecto a la propiedad de la cohesión debemos mencionar que el párrafo que otorga los efectos jurídicos retroactivos a la ley comienza con la preposición “*De conformidad con lo expuesto*”, lo que en principio permitiría afirmar que el texto tiene cohesión, sin embargo, es importante hacer énfasis en que, esta cohesión es aparente, por cuanto, el conector utilizado no establece ningún tipo de relación con lo afirmado en precedencia y en consecuencia, el acto administrativo también carece de esta propiedad.

Dado lo anterior, se puede afirmar que el acto administrativo fue expedido irregularmente, por cuanto, con apariencia de legalidad, se cambió de criterio, sin explicar las razones legales para ello, es decir sin la motivación requerida y en dicho acto en términos de la lingüística textual carece de cuatro de las cinco propiedades que debe caracterizar un texto escrito, esto es, no tiene sentido completo, unidad, coherencia y cohesión; por consiguiente este acto carece de lógica gramatical y jurídica.

Por tal motivo, el acto administrativo le hace falta motivación para llegar a la conclusión a la que arriba y es que el hecho de que se haya introducido la expresión “de conformidad con lo expuesto” indica que a este párrafo le preceden razones de derecho que muestran una relación de causa- efecto, que permite concluir el efecto jurídico indicado.

No obstante, como se mencionó, estas fundamentaciones no le anteceden, lo que hace que no exista una correspondencia entre la decisión que se adopta y la expresión de los motivos que en el acto se aducen como fundamento de la decisión, lo que conlleva a la expedición del acto mediante falsa motivación.

De manera que, al no preceder premisas, razones o motivos, el criterio unificado está motivando falsamente el acto administrativo a través de una falacia argumentativa, es decir, se ha establecido una falsa deducción por medio del conector “de conformidad con lo expuesto”. La información encabezada por ese conector no es posible oponerla o contrastarla lógicamente con lo que se afirma en las oraciones de la secuencia.

³ Díaz Rodríguez, Álvaro. *Aproximación al texto escrito*. 4. Medellín: Universidad de Antioquia, 1999

Y finalmente, respecto a la infracción en las normas en que debía fundarse, se desconoce el marco legal Constitucionales consagrado en los artículos 13, 25, 29, 40 No. 7, 83, 113, 125 y 150, Ley 909 de 2004 artículos 24, 25 y 31, el Decreto Ley 760 de 2005 artículo 44 y el Decreto 648 de 2017 el cual modifica el Decreto 1083 de 2015, artículos 2.2.5.3.1, 2.2.5.3.2, 2.2.5.3.3 y 2.2.6.3, aspecto sobre el cual me detendré más adelante.

Ahora bien, volviendo a la decisión arbitraria e ilegal de la CNSC y el ICBF quienes están haciendo uso de la lista de elegibles de manera caprichosa, se pone de presente que el Acuerdo No. 0165 de 12 de marzo de 2020 derogó el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, esto por cuanto, el numeral 3º del artículo 8 del acuerdo que venimos de citar, establece que la lista de elegibles será utilizada para proveer definitivamente las vacantes de la entidad cuando se generen vacantes del “mismo empleo” o de “cargos equivalentes” en la misma entidad, situación que de conformidad con el parágrafo del artículo 13 debe realizarse teniendo en cuenta la normatividad que regía el acuerdo de convocatoria.

Lo anterior implica que, al ICBF no le es dado aplicar el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020.

Frente a lo anterior, es necesario indicar que el Acuerdo No. 0165 de 2020 fue expedido por el mismo órgano productor y se refieren específicamente a la posibilidad de aplicar la lista de elegibles, en donde el Acuerdo es claro en manifestar que el uso de la lista de elegibles debe respetar la normatividad aplicable en el momento del acuerdo, y, por tanto, deroga al Criterio Unificado de 16 de enero de 2020.

Llegados a este punto, es importante manifestar que, el 8 de julio de 2020 el Comisionado Fridole Ballén Duque de la CNSC en radicado 20202010513001 en donde se solicita revisión del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 precisa que:

Bajo estas consideraciones, en el referido Criterio se indicó que: “las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deben usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta Pública de Empleos -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrirá las nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los **“mismos empleos” (...)**” (Resaltado original)

Lo anterior sin incluir, para los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, la posibilidad de uso de las listas de elegibles para proveer empleos equivalentes, en la medida que dicho evento nació a la vida jurídica con la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, **por lo que no abarca las convocatorias anteriores a esta disposición, situación que contrario a lo estimado, no configura una incongruencia respecto de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 6º de la mencionada Ley 1960.**

Al respecto, cabe recordar que los aspirantes que integran las listas de elegibles expedidas en el marco de los concursos de méritos aprobados antes del 27 de junio de 2019, detentan una situación jurídica consolidada y están amparados bajo las normas regulatorias de sus respectivos procesos de selección.

En consecuencia, las disposiciones comprendidas en el artículo 6º de la Ley 1960 les serán aplicables a los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019. (Negritas fuera de texto original)

Corolario de lo anterior, existe un marco legal que establece claramente que no se puede cambiar las reglas de juego y en ese sentido, el acuerdo de convocatoria es de obligatorio cumplimiento, acuerdo en el cual, no se otorgó la posibilidad al ICBF de hacer uso de la lista de elegibles para cubrir vacantes fuera de la Oferta Pública de Empleo -OPEC, frente a lo cual, las vacantes que se crearon en el Decreto 1479 de 4 de septiembre de 2017 deben ser provistas mediante el encargo y si no es posible mediante la provisionalidad.

Permítanme en lo que sigue dar una breve lectura a lo que ha decantado la jurisprudencia constitucional frente (i) a la obligación de dar aplicación al acuerdo de convocatoria y (ii) respecto al uso de la lista de elegibles.

MARCO JURISPRUDENCIAL

El numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 establece que la Convocatoria, como una etapa del proceso de selección para proveer vacantes definitivas de cargos de carrera administrativa, **“(...) es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes”** (subrayado fuera de texto), precepto sobre el que se ha pronunciado favorablemente La Corte Constitucional en diferentes sentencias, entre las cuales se pueden destacar las sentencias SU-913 de 2009, SU-446 de 2011, T-829 de 2012 y T-180 de 2015. Específicamente, en la Sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, dicha corporación manifestó:

(...) (...) En relación con la etapa de convocatoria, la sentencia T-256 de 1995 concluyó que **“Al señalarse por la administración las bases del concurso, estas se convierten en reglas particulares obligatorias tanto para los participantes como para aquélla; es decir, que a través de dichas reglas la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección. Por consiguiente, cuando la administración se aparta o desconoce las reglas del concurso (...) incurre en violación de los principios que rigen la actividad administrativa (igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad), y por contera, puede violar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de quienes participaron en el concurso y resultan lesionados en sus intereses por el proceder irregular de aquélla”** (Negrillas fuera del texto original)

En la misma línea jurisprudencial, en la Sentencia SU-446 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expresó:

Por tanto, si lo que inspira el sistema de carrera es el mérito y la calidad, son de suma importancia las diversas etapas que debe agotar el concurso público. En las diversas fases de éste, se busca observar y garantizar los derechos y los principios fundamentales que lo inspiran, entre otros, los generales del artículo 209 de la Constitución Política y los específicos del artículo 2 de la Ley 909 de 2004 (...). La sentencia C-040 de 1995 (...) reiterada en la SU-913 de 2009 (...), explicó cada una de esas fases, las que por demás fueron recogidas por el legislador en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 (...).

(...)

Dentro de este contexto, la convocatoria es, entonces, “la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes”, y como tal impone las reglas de obligatoria observancia para todos, entiéndase administración y administrados- concursantes. Por tanto, como en ella se delinean los parámetros que guiarán el proceso, los participantes, en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento. La Corte Constitucional ha considerado, entonces, que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes (...). (Énfasis a propósito)

(...)

Es por ello por lo que en la sentencia C-1040 de 2007, reiterada en la C-878 de 2008, se sostuvo:

(...) el principio de confianza legítima es violentado si el aspirante no puede descansar en la convicción de que la autoridad se acogerá a las reglas que ella misma se comprometió a respetar; se vulnera el principio de la buena fe (art. 83 C.P.) si la autoridad irrespeta el pacto que suscribió con el particular al diseñar las condiciones en que habría de calificarlo; el orden justo, fin constitutivo del Estado (art. 22 C.P.), se vulnera si la autoridad desconoce el código de comportamiento implícito en las condiciones de participación del concurso, **y, en fin, distintos principios de raigambre constitucional como la igualdad, la dignidad humana, el trabajo, etc., se ven comprometidos cuando la autoridad competente transforma las condiciones y requisitos de participación y calificación de un concurso de estas características.** Adicionalmente, el derecho que todo ciudadano tiene al acceso a cargos públicos, consagrado en el artículo 40 constitucional, se ve vulnerado si durante el trámite de un concurso abierto, en el que debe operar el principio de transparencia, se modifican las condiciones de acceso y evaluación...” (Negrillas fuera del texto original)

De la misma manera, en sentencia C-588 de 2009 se afirmó categóricamente que:

(...) en el desarrollo de un concurso público de méritos “cuando se fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y se establecen las pautas o procedimientos con arreglo a los cuales se han de regir los concursos, **no existe posibilidad legítima alguna para desconocerlos**”. (Énfasis a propósito)

En ese sentido, es claro que las reglas del concurso son invariables tal como lo reiteró esta Corporación en la sentencia SU-913 de 2009 al señalar:

(...) resulta imperativo recordar la intangibilidad de las reglas que rigen las convocatorias de los concursos públicos para acceder a cargos de carrera en tanto no vulneren la ley, la Constitución y los derechos fundamentales en aras de garantizar el derecho fundamental a la igualdad, así como la inmodificabilidad de las listas de elegibles una vez éstas se encuentran en firme como garantía de los principios de buena fe y confianza legítima que deben acompañar estos procesos.

Es indiscutible, entonces, que las pautas del concurso son inmodificables y, en consecuencia, a las entidades no le es dado variarlas en ninguna fase del proceso, por cuanto se afectarían principios básicos de nuestra organización, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular. (Énfasis extra texto)

En los mismos términos se pronunció en la Sentencia T-829 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub:

Es preciso tener en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 (...), la convocatoria es norma reguladora de todo concurso y a ella quedan obligados tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil como la entidad que convoca el concurso y todos los participantes.

Y más recientemente en la Sentencia T-180 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio:

La convocatoria se convierte en una expresión del principio de legalidad tanto para oferentes como para inscritos, de tal forma que incumplir las directrices allí estipuladas contraviene no solo los derechos de los aspirantes, sino aquel valor superior al cual está sujeto toda actuación pública. Dicho, en otros términos, el acto administrativo que la contenga funge como norma del concurso de méritos, por lo cual todos los intervinientes en el proceso deben someterse a ella so pena de trasgredir el orden jurídico imperante. (Negrillas fuera del texto)

(...)

Dicha actuación debe estar investida con todas las ritualidades propias del debido proceso (...), lo que implica que se convoque formalmente mediante acto que contenga tanto de (sic) los requisitos exigidos para todos los cargos ofertados, como de (sic) las reglas específicas de las diversas etapas del concurso (...) a las que se verán sometidos los aspirantes y la propia entidad estatal (...). Sobre el particular, este Tribunal señaló en la Sentencia SU-913 de 2009 que:

(i) **Las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables (...).**

(ii) A través de las normas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada.

(iii) **Se quebranta el derecho al debido proceso y se infringe un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe (...).**

(...)

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha expresado de manera uniforme y reiterada que los concursos – en tanto constituyen actuaciones adelantadas por las autoridades públicas – deberán realizarse con estricta sujeción (i) al derecho al debido proceso; (ii) al derecho a la igualdad y (iii) al principio de la buena fe (...). Dicha obligación se traduce, en términos generales, en el imperativo que tiene la administración de ceñirse de manera precisa a las reglas del concurso ya que aquellas, como bien lo ha sostenido esta Corporación, constituyen “ley para las partes” que intervienen en él (...) (Énfasis a propósito)

A su vez, el Consejo de Estado, Sección Primera, en Sentencia del 17 de febrero de 2011, M.P. María Elizabeth García González. Ref. 2010-03113-01, se pronunció así:

El concurso de méritos ha sido considerado el instrumento más idóneo y eficaz, para determinar las aptitudes de los aspirantes a un cargo. Además de los principios que lo inspiran, entre ellos, el mérito, la igualdad en el ingreso, la publicidad y la transparencia, la ejecución de sus reglas debe someterse al estricto cumplimiento del debido proceso y respetar todas y cada una de las garantías que rodean el proceso de selección.

(...) De este modo, frente a la vulneración del debido proceso administrativo, entendido como “la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley”.

Frente al tema del uso de la lista de elegibles es necesario tener en cuenta que La Corte Constitucional en un caso idéntico al que ocupa la atención del Juzgado, en el que se discutía la posibilidad de hacer uso de la lista de elegibles para cargos creados y que no fueron objeto de concurso, en la sentencia C-446 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub indicó:

LA LISTA DE ELEGIBLES SU NATURALEZA Y RAZÓN DE SER

La lista o registro de elegibles es un acto administrativo de carácter particular que tiene por finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración. Junto con la etapa de la convocatoria, es una fase hito y concluyente del sistema de nombramiento por vía del concurso público, dado que, a través de su conformación, la entidad pública con fundamento en los resultados de las distintas fases de selección, organiza en estricto orden de mérito el nombre de las personas que **deben** ser designadas en las plazas ofertadas en la convocatoria, **observando para ello, las precisas reglas fijadas en ésta.** (Énfasis a propósito)

En consecuencia, la obligación del Estado en cumplimiento del artículo 125 constitucional es convocar a concurso público cuando se presenten vacantes en los cargos de carrera, con el objeto de cumplir la regla de la provisión por la vía del mérito y los principios que rigen la función pública, artículo 209 de la Constitución, específicamente los de igualdad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad, en donde la lista de elegibles producto de ese concurso tiene una vigencia en el tiempo que, por regla general, es de dos años, para que en el evento de vacantes en la entidad y en relación con los cargos **específicamente convocados y no otros**, se puedan proveer de forma inmediata sin necesidad de recurrir a nombramientos excepcionales como lo son el encargo o la provisionalidad. (Negrillas y subrayados del texto original)

La conformación de la lista de elegibles, así entendida, genera para quienes hacen parte de ella, un derecho de carácter subjetivo, que consiste en ser nombradas en el cargo para el que concursó, cuando el mismo quede vacante o esté desempeñando por un funcionario o empleado en encargo o provisionalidad. En ese sentido, la consolidación de este derecho “**se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer**”⁴. (Énfasis del texto original).

Es importante señalar, entonces, que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos, el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso **Y NO PARA OTROS**, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel: **EL DE LAS PLAZAS A PROVEER**. El segundo, que, durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar **SÓLO** las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros. **POR TANTO, NO SE PUEDE AFIRMAR QUE EXISTE DESCONOCIMIENTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES NI DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES CUANDO LA AUTORIDAD CORRESPONDIENTE SE ABSTIENE DE PROVEER CON DICHO ACTO EMPLEOS NO OFERTADOS.** (Énfasis fuera del texto)

⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-913 del 11 de diciembre de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez., pág. 134.

¿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.** (Énfasis extra texto)

Fuerza concluir, entonces, que el uso del registro o lista de elegibles se impone sólo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registre la entidad durante su vigencia, siempre y cuando se trate de las plazas ofertadas en el respectivo concurso.

Lo anterior significa que es potestad del legislador señalar en la ley general de carrera o en las leyes de carrera especial que con el registro de elegibles se pueden proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Facultad que también puede ostentar la entidad convocante, quien en las reglas que regirán el concurso puede señalar expresamente que la lista que se configure servirá para proveer las vacantes que se lleguen a presentar en vigencia de la lista para empleos de la misma naturaleza y perfil. La introducción de este criterio es una pauta de obligatoria observancia para la administración, que le permitirá, en el término de vigencia del registro de elegibles que se llegue a conformar, proveer las vacantes que se lleguen a presentar, por cuanto expresamente habilitó el uso de ese acto administrativo para tal efecto.

(...) **la lista de elegibles sólo tiene la vocación de servir para la provisión de los empleos objeto de la convocatoria**, en donde el número de éstos es una regla de forzosa observancia, excepción hecha de los casos en que el legislador o la entidad convocante, expresamente incluyan una cláusula que admita su utilización para un número mayor de plazas ofertadas en el evento de vacantes en su vigencia.

La utilización de la lista o registro de elegible desconociendo esta regla, implicaría una modificación e inobservancia de las pautas de las diversas convocatorias, hecho que la Sala no puede aceptar, porque se vulnerarían, entre otros, los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y el mandato del artículo 125 constitucional. (Negrillas fuera del texto original)

De acuerdo con lo dicho en precedencia, es claro que el acuerdo de la Convocatoria 433 de 2016 no previó la utilización de las listas de elegibles para ocupar cargos fuera de los convocados, dado lo anterior, en el asunto que ocupa nuestra atención, debe tenerse en cuenta que el acuerdo de convocatoria es de aplicación obligatoria y en ese sentido la imposibilidad para la administración llámese ICBF o CNSC para alterar las reglas de juego, asimismo es fundamental que le proporcione el alcance que en derecho corresponde al uso de la lista de elegibles y de ahí que, se de aplicación al principio de jerarquía normativa, en particular acatando la regla fijada por la Corte Constitucional como interprete autorizado de la Constitución.

Llegados a este punto, es importante poner de presente que la provisión del empleo en la modalidad de encargo goza de estabilidad laboral relativa, tal conclusión tiene sustento en lo deprecado por la jurisprudencia del Consejo de Estado que al respecto en la sentencia 562 de 2012 de 30 de agosto de 2012 expedida por la Sección Segunda, Subsección B en radicado 08001-23-31-000-2001-01470-01(0562-12) Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, quien manifestó que:

Ahora bien, como se precisó en el acápite anterior, **el nombramiento mediante encargo constituye un derecho preferencial** a favor de los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa en tanto les permite desempeñar, transitoriamente, un cargo de mayor categoría vacante en forma definitiva, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos para su desempeño, hasta que la administración lo provea en propiedad como resultado de un proceso de selección por méritos.

A su turno, esta Subsección, mediante Sentencia de 11 de agosto de 2011, con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve, sostuvo que tanto la Ley 443 de 1998, como el Decreto 1572 de 1998, establecieron una condición para dar por terminado los nombramientos por encargo, a saber: *“hasta que la administración pueda proveer de forma definitiva la vacancia de un empleo público”, lo cual “constituye a favor de los servidores públicos que vienen desempeñando empleos mediante encargo una especie de estabilidad relativa, en la medida en que su retiro sólo opera una vez el empleo vacante sea provisto mediante la designación de quien ha superado la totalidad de las etapas de un proceso de selección por méritos”.*

En anterior oportunidad, y en similares términos, la Subsección A, a través de la Sentencia de 27 de septiembre de 2007, trazó los siguientes lineamientos interpretativos:

(...)

Como puede verse, era viable la prórroga del encargo, por el tiempo que fuera necesario y hasta cuando se superara la circunstancia que imposibilitaba proveer el cargo con el titular, en los eventos en que el concurso no se había podido concluir o realizar efectivamente.

En tal situación, puede afirmarse que la persona que se encuentra encargada de un empleo de carrera administrativa goza de cierta estabilidad laboral (art. 53 C.P.) pues, para su desvinculación, debe mediar un acto de nombramiento con la persona que superó el proceso de selección, hallándose ésta naturalmente en el orden de elegibilidad.

(...)

Si se han demostrado entonces los presupuestos a que hace alusión la Ley 443 de 1998, la persona designada en encargo estaría amparada por prerrogativas que le confiere el legislador y que se concretan en una cierta estabilidad, en tanto se surta el proceso de selección. De lo contrario, se estaría violando el principio de igualdad de oportunidades que le permite no solo su permanencia sino el ascenso dentro del servicio.

Si bien la preceptiva constitucional (art. 125) permite al legislador consagrar algunas causales especiales de retiro, tal delegación no puede concebirse e interpretarse como el ejercicio de una potestad absoluta pues, su regulación, encuentra límites en el mismo ordenamiento legal, como en el caso de los empleos de carrera los cuales se rigen por principios rectores que la misma Constitución consagra y ampara.

No puede olvidarse que la potestad discrecional en materia de función pública se predica, en principio, sólo respecto de los empleos de libre remoción, dada su especial condición de personal de confianza. Pero, en tratándose de personal escalafonado en carrera o en encargo, la situación varía sustancialmente, y no resultaría ajustado a derecho aplicar, en estricto rigor, las reglas de la discrecionalidad.

De lo anterior, valga decir, que quienes estamos en encargo gozamos de estabilidad laboral relativa, en el sentido que nuestro cargo debe ser provisto como resultado de una convocatoria pública de méritos, haciendo la precisión que, tal como se dijo en precedencia, que en este caso no es aplicable el uso de la lista de elegibles de la Convocatoria 433, toda vez que, en esta se prohibió el uso de esta lista para cubrir vacantes por fuera de la Oferta Pública de Empleos- OPEC ofertada.

Hecho las anteriores claridades, no cabe duda de que, existe un marco legal y constitucional aplicable al caso, razón por la cual, la actitud caprichosa del ICBF de utilizar la lista de elegibles para empleos que no fueron ofertados en la OPEC desconoce el principio de jerarquía normativa, el cual es importante traer a colación el pronunciamiento del máximo tribunal Constitucional en la sentencia C- 037 de 2000 con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, quien precisó que:

La unidad del sistema jurídico, y su coherencia y armonía, dependen de la característica de ordenamiento de tipo jerárquico de que se reviste. La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular. En esto consiste la connotación de sistema de que se reviste el ordenamiento, que garantiza su coherencia interna. La finalidad de esta armonía explícitamente buscada no es otra que la de establecer un orden que permita regular conforme a un mismo sistema axiológico, las distintas situaciones de hecho llamadas a ser normadas por el ordenamiento jurídico.

(...)

El ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. Si bien ella no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia, así no siempre resulte sencilla esta tarea. En efecto, diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. Además de ser evidente que las normas constitucionales ocupan, sin discusión, el primer lugar dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico, dentro de la propia Carta, no todas las normas son igualmente prevalentes. Pero más allá de la supremacía constitucional, de la propia Carta también se desprende que las leyes expedidas por el Congreso dentro de la órbita de competencias que le asigna la Constitución ocupan, en principio, una posición prevalente en la escala normativa frente al resto del ordenamiento jurídico. Así las cosas, tenemos que los actos administrativos de contenido normativo deben tener por objeto el obedecimiento y cumplimiento de la ley, de donde se deduce su sujeción a aquella. Tenemos entonces que, de manera general, la normatividad jurídica emanada de autoridades administrativas o de entes autónomos, debe acatar las disposiciones de la ley, tanto en su sentido material como formal.

Llegados a este punto es necesario traer a colación lo decantado por la sentencia C-083/95 con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz en donde precisa que:

*Al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, **la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo.** Como la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien aplica la Constitución aplica la ley, en su expresión más primigenia y genuina. Es preciso aclarar que no es la jurisprudencia la que aquí se consagra como fuente obligatoria. Si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley,*

*el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión. **Es claro eso sí que, salvo las decisiones que hacen tránsito a la cosa juzgada, las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.** (Negrillas fuera del texto original)*

En similar pronunciamiento la sentencia C-037/96 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa precisó:

Por lo demás, cabe puntualizar que las sentencias judiciales a través de las cuales se deciden acciones de tutelas sólo tienen efectos en relación con las partes que intervienen en el proceso (Decreto 2591/91, art. 36). Sin embargo, **la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución.** El principio de independencia judicial, tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad. La jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por medio de la unificación doctrinal, persigue la realización del principio de igualdad.

Por su parte la sentencia SU-640 de 1998 con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz mostró que

(...)

Los principios de supremacía e integridad de la Constitución, que por fuerza lógica se traducen en la destacada ubicación de la Corte Constitucional en el concierto de los poderes del Estado - a fin de garantizar la adecuada defensa y vigor de la Carta, como norma jurídica superior -, se acompañan de una serie de mecanismos que conducen a asegurar la uniformidad de su interpretación. Entre otros métodos o técnicas de articulación, cabe en esta oportunidad mencionar dos que se orientan en esta dirección. La institución de la cosa juzgada constitucional, en primer término, garantiza el carácter general de las sentencias de inexecuibilidad proferidas por la Corte Constitucional que, por lo tanto, están dotadas de efectos erga omnes. En segundo término, la revisión eventual de las sentencias de tutela contribuye a homogeneizar la interpretación constitucional de los derechos fundamentales. En este campo, la revocación de las sentencias o actos de los jueces lesivos de los derechos fundamentales, como puede ocurrir en aplicación de la doctrina sobre las vías de hecho, se revela como un instrumento eficaz y necesario para preservar la unidad interpretativa de la Constitución. (Cursivas del texto original).

Dentro de este mismo contexto, es significativo hacer alusión al principio de irretroactividad de la ley, por cuanto, la administración es decir la CNSC y el ICBF de manera caprichosa están extralimitándose en el ejercicio de sus funciones, para tal efecto la Corte Constitucional en SU- 309 de 2019 con ponencia del magistrado Alberto Rojas Ríos, precisó:

b) Los fenómenos de aplicación de la ley en el tiempo

(...)

Por su parte, el Constituyente de 1991 no dejó de lado la cuestión de la aplicación de la ley en el tiempo, y en el artículo 58 Superior consagró el efecto no retroactivo de las leyes al enunciar que se garantizan los derechos adquiridos con justo título, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Ello, claro está, sin perjuicio del principio de favorabilidad penal previsto en el inciso 3º del artículo 29 de la Carta, a cuyo tenor “en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.” (Negrillas fuera del texto)

A partir de este contexto, se tiene que, en principio, las normas que integran el ordenamiento jurídico rigen con efecto general e inmediato para los actos, hechos o situaciones jurídicas que tienen lugar con posterioridad a su entrada en vigencia. No obstante, ante tránsitos normativos, los operadores jurídicos se enfrentan a escenarios en los que se abre paso la aplicación de las normas con distintos efectos en el tiempo.

La irretroactividad de la legislación implica, entonces, la imposibilidad genérica de afectar situaciones jurídicas consolidadas antes de la entrada en vigencia de una disposición nueva⁵. El alcance de esta proscripción –que, como se vio, cuenta con fundamento constitucional– se plasma en que **la nueva disposición no tiene vocación para afectar hechos o consecuencias jurídicas que se han formado válidamente al amparo de una ley anterior, como garantía de seguridad jurídica, en consecuencia, la excepcional aplicación retroactiva de una norma sólo puede tener lugar por expresa disposición del legislador – en tanto productor de la norma–, jamás al arbitrio del juez. (Énfasis a propósito)**

De manera semejante La Corte Constitucional en sentencia C-147 de 1997 con ponencia del magistrado Antonio Barrera Carbonell trazó:

Ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales. De este modo se construye el principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquélla, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes. (Negrillas fuera del texto original)

Para complementar lo anterior, la sentencia SU- 881 de 2005 de La Corte Constitucional con ponencia del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra precisó que:

La ley rige los actos que se produzcan después de su vigencia. Es decir, como regla general, no hay efecto retroactivo. De sostenerse lo contrario se decaería en un estado altamente peligroso de inseguridad jurídica.

Las leyes, al no tener efecto retroactivo, no pueden influir sobre actos anteriores a su vigencia, ni sobre derechos precedentemente adquiridos. En esa medida, **los jueces tienen la prohibición de, motu proprio, aplicar retroactivamente una norma a un caso que se fundamenta en hechos previos a la entrada en vigencia de ésta.** En este sentido se debe recalcar que no hay retroactividad implícita, por cuanto la regla general es la irretroactividad y sólo se le otorga efecto retroactivo si el legislador lo ha manifestado en forma expresa en caso de orden público, o de leyes interpretativas o penales benignas al reo, es decir, en los casos constitucionalmente permitidos⁶. (Énfasis a propósito)

(...)

Por otra parte, la ley puede ser aplicada con efectos retrospectivos. En este caso, la nueva ley se aplica a las consecuencias de un hecho ocurrido bajo el imperio de la ley precedente. Esta figura se diferencia de la retroactividad en el hecho de que la nueva ley entra a regir las consecuencias nuevas de un hecho antiguo. Es decir, los efectos realizados hasta la iniciación

⁵ Ver entre otras las sentencias T-389 de 2011, T-110 de 2011, T-564 de 2015.

⁶ NOGUERA Laborde, Rodrigo, *Introducción General al Derecho Vol. II*, Serie Mayor –6, Institución Universitaria Sergio Arboleda, Bogotá 1996, pp. 161 y 162

de la vigencia de la nueva ley se rigen por la ley antigua y la ley nueva entra a regir los efectos posteriores.

Se hace necesario anotar que es preciso separar el efecto retrospectivo, cuando este haya sido consagrado, de la aplicación general inmediata de la ley, **porque de no estar consagrada la retrospectividad de una norma, no le será aplicable la nueva ley a las consecuencias de actos previos, así éstas tengan o puedan tener lugar con posterioridad a la vigencia de la ley. De lo contrario se daría un efecto retroactivo no aceptado en nuestro ordenamiento jurídico.** En este sentido, la doctrina ha señalado que "(...) una ley es retroactiva cuando modifica o restringe las consecuencias jurídicas de hechos realizados durante la vigencia de la anterior. Podría también decirse: cuando modifica o restringe las consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación de la precedente. La forma de expresión es diversa, pero la idea expresada es la misma, ya que la aplicación de una ley supone siempre la realización de su hipótesis. (Negritas fuera del texto)

En este orden de ideas, para que se aplique una norma nueva a los efectos de un hecho acaecido previamente a su vigencia se debe autorizar expresamente tal aplicación so pena de estar desconociendo la prohibición de aplicación retroactiva de la ley.

En lo relativo a la aplicación de la ley procedimental se observa, *prima facie*, el principio del efecto general inmediato. Así las cosas, todos los actos que se juzguen a partir de la vigencia de la ley procesal deberán regirse por la ley nueva, a menos que se trate de una ley procesal sustantiva, caso en el cual debe respetarse el criterio de aplicación de la norma más favorable⁷.

Puede suceder que una ley que es nominalmente procedimental contenga artículos de carácter no procesal, sino sustantivo. En este caso, a las normas procedimentales se les aplicará el efecto general inmediato, incluso sobre actos previos a la expedición de la ley. No obstante, las normas sustanciales contenidas en la ley procedimental no podrán cobijar hechos previos a su vigencia, así éstos sean juzgados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley procedimental. La posibilidad de consagración de normas materialmente sustanciales dentro de leyes nominalmente procedimentales ha sido analizada por esta Corporación en los siguientes términos:

"6. Con todo, dentro del conjunto de las normas que fijan la ritualidad de los procedimientos, pueden estar incluidas algunas otras de las cuales surgen obligaciones o derechos sustanciales. En efecto, la naturaleza de una disposición no depende del lugar en donde aparece incluida, como puede ser por ejemplo un código de procedimiento, sino de su objeto. Si dicho objeto es la regulación de las formas de actuación para reclamar o lograr la declaración en juicio los derechos sustanciales, la disposición será procedimental, pero si por el contrario ella reconoce, modifica o extingue derechos subjetivos de las partes, debe considerarse sustantiva. Para no contrariar la Constitución, la ley procesal nueva debe respetar los derechos adquiridos o las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de este tipo de disposiciones materiales, aunque ellas aparezcan consignadas en estatutos procesales."⁸(subrayas ajenas al texto)

Se hace la claridad que la Ley 1960 de 2019 en el artículo 2 que modifica el artículo 29 de la Ley 909 de 2004 consagra el derecho sustantivo a los funcionarios públicos de carrera, al crear la posibilidad de convocatoria de ascenso y además el derecho a la provisión de los empleos que no sean convocados a través de las listas de elegibles en virtud de lo consagrado en el artículo 6 que modifica el artículo 31 de la Ley 909, razón por la cual no es dable la interpretación de aplicación irretroactiva de la Ley.

⁷ Ver Sentencia C-251/01, M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁸ Ver Sentencia C-619/01, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Dado lo anterior, sin lugar a dudas estamos frente a la actitud caprichosa e ilegal del ICBF, quien desconoce que hay un marco legal aplicable al caso concreto, que impide que la administración haga uso de la lista de elegibles para proveer vacantes que no fueron objeto de concurso, y en consecuencia, a la administración no le es válido apartarse de la jerarquía normativa aplicable al caso, teniendo en cuenta que el acto administrativo del Criterio Unificado de 16 de enero de 2020 debe sujetarse al marco legal, es decir, debe respetar lo convenido en el acuerdo de la convocatoria 433 de 2016 y hacer uso de la lista de elegibles en los términos consignados en ella.

Además de lo anterior, la CNSC se extralimitó en el ejercicio de sus funciones, desconociendo lo depurado por el máximo órgano constitucional en cuanto al principio constitucional de la prohibición de aplicación retroactiva de la ley, excepción que debe ser consagrada expresamente por el legislador, para poder ser aplicada.

Corolario de lo anterior, al ICBF no le era permitido aplicar un acto administrativo que dicho sea de paso nació viciado a la vida jurídica -por expedición irregular debido a la falta de motivación, a la falsa motivación y al desconocimiento del ordenamiento jurídico-, y acto administrativo que se encuentra en inferior jerarquía de la ley y la constitución y, por tanto, debía sujetarse a ella.

De igual manera, es conveniente de conformidad con el principio de jerarquía normativa reiterar que el Acuerdo de 16 de enero de 2020 de la Comisión Nacional del Servicio Civil es inaplicable porque se expidió de manera irregular y fue derogado por el Acuerdo No. 0165 de 12 de marzo expedido por la CNSC y de otra parte, el principio de igualdad impone que el deber legal de la administración de justicia de proporcionar un trato igualitario a las personas que se encuentren en la misma situación, es decir, el derecho a igual interpretación y aplicación del derecho por parte de la administración y de los jueces.

Por lo tanto, el ICBF debe sujetarse al Acuerdo de Convocatoria 20161000001376 del 5 de septiembre de 2019 y hacer uso de la lista de elegibles únicamente para las vacantes de los empleos que conformaron la OPEC de la convocatoria, esto con sujeción al numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 y en concordancia con el parágrafo del artículo 62 del Acuerdo, de que estableció que Las listas de elegibles solo se utilizarán para proveer los empleos reportados en la OPEC de esta convocatoria.

De conformidad con lo anterior, es necesario establecer la vulneración de los derechos fundamentales vulnerados con la Resolución No. 3774 de 10 de junio de 2020.

III. DERECHO FUNDAMENTALES VULNERADOS

La Resolución No. 3774 de 10 de junio 2020, publicada el 13 de julio de 2020 transgrede mis derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a acceder a cargos públicos, derecho a la buena fe en las modalidades de respeto del acto propio, confianza legítima y seguridad jurídica, derecho a la igualdad, derecho al debido proceso, derecho a la dignidad humana y derecho al mínimo vital.

En lo pertinente, de manera ilustrativa La Corte Constitucional en sentencia C-1040 de 2007, reiterada en la C-878 de 2008, sostuvo:

(...) **el principio de confianza legítima** es violentado si el aspirante no puede descansar en la convicción de que la autoridad se acogerá a las reglas que ella misma se comprometió a respetar;

se vulnera el principio de **la buena fe** (art. 83 C.P.) si la autoridad irrespeta el pacto que suscribió con el particular al diseñar las condiciones en que habría de calificarlo; el orden justo, fin constitutivo del Estado (art. 22 C.P.), se vulnera si la autoridad desconoce el código de comportamiento implícito en las condiciones de participación del concurso, **y, en fin, distintos principios de raigambre constitucional como la igualdad, la dignidad humana, el trabajo, etc., se ven comprometidos cuando la autoridad competente transforma las condiciones y requisitos de participación y calificación de un concurso de estas características.** Adicionalmente, **el derecho que todo ciudadano tiene al acceso a cargos públicos, consagrado en el artículo 40 constitucional, se ve vulnerado si durante el trámite de un concurso abierto, en el que debe operar el principio de transparencia, se modifican las condiciones de acceso y evaluación...**" (Negrillas fuera del texto original)

En lo que sigue, examinemos de manera puntual, la amenaza o vulneración de cada uno de los derechos fundamentales:

1. **Derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada del encargo. art. 53 constitucional.**

Es importante reiterar que la provisión del empleo en la modalidad de encargo goza de estabilidad laboral relativa, tal conclusión tiene sustento en lo deprecado por la jurisprudencia del Consejo de Estado que al respecto en la sentencia 562 de 2012 de 30 de agosto de 2012 expedida por la Sección Segunda, Subsección B en radicado 08001-23-31-000-2001-01470-01(0562-12) Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila quien concluyó que:

Ahora bien, como se precisó en el acápite anterior, **el nombramiento mediante encargo constituye un derecho preferencial** a favor de los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa en tanto les permite desempeñar, transitoriamente, un cargo de mayor categoría vacante en forma definitiva, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos para su desempeño, hasta que la administración lo provea en propiedad como resultado de un proceso de selección por méritos. (Negrillas extra texto)

A su turno, esta Subsección, mediante Sentencia de 11 de agosto de 2011, con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve, sostuvo que tanto la Ley 443 de 1998, como el Decreto 1572 de 1998, establecieron una condición para dar por terminado los nombramientos por encargo, a saber: ***"hasta que la administración pueda proveer de forma definitiva la vacancia de un empleo público", lo cual "constituye a favor de los servidores públicos que vienen desempeñando empleos mediante encargo una especie de estabilidad relativa, en la medida en que su retiro sólo opera una vez el empleo vacante sea provisto mediante la designación de quien ha superado la totalidad de las etapas de un proceso de selección por méritos"***.

En anterior oportunidad, y en similares términos, la Subsección A, a través de la Sentencia de 27 de septiembre de 2007, trazó los siguientes lineamientos interpretativos:

"(...)

Como puede verse, era viable la prórroga del encargo, por el tiempo que fuera necesario y hasta cuando se superara la circunstancia que imposibilitaba proveer el cargo con el titular, en los eventos en que el concurso no se había podido concluir o realizar efectivamente.

En tal situación, puede afirmarse que la persona que se encuentra encargada de un empleo de carrera administrativa goza de cierta estabilidad laboral (art. 53 C.P.) pues, para su desvinculación, debe mediar un acto de nombramiento con la persona que superó el proceso de selección, hallándose ésta naturalmente en el orden de elegibilidad. (Énfasis a propósito)

(...)

Si se han demostrado entonces los presupuestos a que hace alusión la Ley 443 de 1998, la persona designada en encargo estaría amparada por prerrogativas que le confiere el legislador y que se concretan en una cierta estabilidad, en tanto se surta el proceso de selección. De lo contrario, se estaría violando el principio de igualdad de oportunidades que le permite no solo su permanencia sino el ascenso dentro del servicio.

Si bien la preceptiva constitucional (art. 125) permite al legislador consagrar algunas causales especiales de retiro, tal delegación no puede concebirse e interpretarse como el ejercicio de una potestad absoluta pues, su regulación, encuentra límites en el mismo ordenamiento legal, como en el caso de los empleos de carrera los cuales se rigen por principios rectores que la misma Constitución consagra y ampara.

No puede olvidarse que la potestad discrecional en materia de función pública se predica, en principio, sólo respecto de los empleos de libre remoción, dada su especial condición de personal de confianza. Pero, en tratándose de personal escalafonado en carrera o en encargo, la situación varía sustancialmente, y no resultaría ajustado a derecho aplicar, en estricto rigor, las reglas de la discrecionalidad.

Conviene subrayar que, si bien es cierto el encargo es temporal, este de conformidad con lo dicho en precedencia, debe ser provisto mediante un nuevo concurso de méritos, dado que el acuerdo de convocatoria es de obligatorio cumplimiento, y en él no se otorgó la posibilidad de hacer uso de la lista de elegibles para vacantes fuera de las convocadas al concurso, tal como sucede con el cargo que actualmente estoy ejerciendo, por tal motivo, el ICBF con la Resolución No. 3774 de 2020 me vulneró este derecho y hay una amenaza real e inminente de terminar con esta estabilidad laboral reforzada, por cuanto, solamente falta que la persona que hace parte de la lista de elegibles acepte y la posesionen.

2. Derecho fundamental de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.

Cosa parecida sucede también con el derecho fundamental de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, esto teniendo en cuenta que, en mi condición de funcionario público con derecho de carrera estoy de manera legal y legítimamente ocupando el cargo de Defensor de Familia, en este sentido, es la ley la que nos otorga el derecho a quienes estamos en carrera administrativa de acceder a un encargo si acreditamos el cumplimiento de los requisitos legales⁹.

Sobre el particular la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-339 de 2011, precisó:

En lo que hace referencia a otro de los derechos alegados por el demandante, el numeral 7º del artículo 40 de la Carta Política consagra el derecho a “acceder al desempeño de funciones y cargos públicos”. Desde sus inicios, la Corte ha destacado el carácter fundamental de dicho derecho. En la sentencia T-003 de 1992, la Corte señaló al respecto:

La jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que entran dentro del ámbito de protección de este derecho (i) la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos, (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que

⁹ Arts. 24 y 25 de la Ley 909 en concordancia con el art. 44 Decreto Ley 760/05.

más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupen un cargo público.

Es preciso reiterar que con la Resolución No. 3774 de 2020 el ICBF me vulneró este derecho fundamental, dado que quienes estaban en el registro de elegibles por fuera del rango de los cargos ofertados sólo les asistía una expectativa legítima a ser nombrados en el evento de una vacante en esas plazas, siempre y cuando la lista estuviera vigente¹⁰ y no les asiste el derecho a ocupar el cargo para las vacantes que no fueron ofertadas en el acuerdo de la Convocatoria 433 de 2016.

Cabe señalar que, el artículo 2 de la Ley 1960 que modifica el artículo 24 de la Ley 909, otorgó el derecho a quienes somos servidores públicos de carrera a un concurso de ascenso¹¹, derecho que de igual manera la Resolución No. 3774 de 2020 desconoce de manera arbitraria e ilegal, por cuanto, ya no sería necesario una nueva convocatoria para los cargos de Defensor de Familia.

Dado lo anterior, es importante manifestar que, no solo cumplo con los requisitos legales, sino que de conformidad con la confianza legítima en que el cargo de Defensor de Familia -que actualmente estoy asumiendo en calidad de encargado-, va a continuar hasta un nuevo concurso, he continuado formándome, de manera que, actualmente estoy inscrito para especialización de Derecho de Familia Infancia y Adolescencia, y he adelantado 3 diplomados y 5 cursos, todo con la finalidad de ascender dentro de la carrera administrativa, principio que rige la función pública, por lo que, el ICBF al desconocer las reglas de juego

¹⁰ SU 446/11

¹¹ ARTÍCULO 2o. El artículo 29 de la Ley 909 de 2004 quedará así:

Artículo 29. Concursos. La provisión definitiva de los empleos públicos de carrera administrativa se hará mediante procesos de selección abiertos y de ascenso los cuales adelantará la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad en la que esta delegue o desconcentre la función.

En los procesos de selección o concursos abiertos para ingresar a la carrera podrán participar las personas que acrediten los requisitos y condiciones requeridos para el desempeño de los empleos.

El concurso de ascenso tiene como finalidad permitir la movilidad a un cargo superior dentro de la planta de personal de la misma entidad, del mismo sector administrativo o dentro del cuadro funcional de empleos.

El concurso será de ascenso cuando:

1. La vacante o vacantes a proveer pertenecen a la misma planta de personal, las plantas de personal del sector administrativo o cuadro funcional de empleos, en los niveles asesor, profesional, técnico o asistencial.
2. Existen servidores públicos con derechos de carrera general o en los sistemas específicos o especiales de origen legal, que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso.
3. El número de los servidores con derechos de carrera en la entidad o en el sector administrativo que cumplen con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso es igual o superior al número de empleos a proveer.

Si se cumple con los anteriores requisitos se convocará a concurso de ascenso el treinta (30%) de las vacantes a proveer. El setenta (70%) de las vacantes restantes se proveerán a través de concurso abierto de ingreso.

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 inscrito inicialmente para el concurso de ascenso continuarán en el concurso abierto de ingreso sin requerir una nueva inscripción.

establecidas en la convocatoria nos niega el derecho de ascenso y de acceso a un cargo público a quienes legalmente lo tenemos.

De acuerdo con lo anterior, yo acredito los requisitos legales para ocupar válidamente este cargo hasta que se realice un nuevo concurso y el hecho de que se desconozca el acuerdo de la Convocatoria 433 de 2016, y se posesione de manera ilegal a una persona que no tiene el derecho, trasgrede mi derecho fundamental al acceso a cargos públicos, derecho que se encuentra conculcado con el acto administrativo que venimos de comentar y hay una amenaza real, inminente y cierta de este derecho, ya que solo falta materializar la decisión.

3. Derecho fundamental a la buena fe en las modalidades de respeto del acto propio, confianza legítima y seguridad jurídica.

Respecto a la vulneración de este derecho fundamental, es importante traer a colación el desarrollo jurisprudencial del respeto por el acto propio y confianza legítima contenidos en el principio de la buena fe, como pasa a explicarse:

El principio de la buena fe estatuido en el artículo 83 de la Carta Magna, se constituyó en principio general que informa la totalidad del ordenamiento jurídico, en este sentido la sentencia T-460 de 1992 con ponencia del magistrado José Gregorio Hernández Galindo decantó

El principio de la buena fe se erige en arco toral de las instituciones colombianas dado el especial énfasis que en esta materia introdujo la Carta del 91, a tal punto que las relaciones jurídicas que surjan a su amparo no podrán partir de supuestos que lo desconozcan.

Si este principio es fundamental en las relaciones entre particulares, con mayor razón tiene validez cuando ellos actúan ante las autoridades públicas, bien en demanda de sus derechos, ya en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones, **toda vez que el Estado y quienes lo representan deben sujetar su actividad al objetivo de realizar el bien común, sobre la base de las previsiones trazadas por el legislador**, en vez de crear dificultades a los gobernados y entorpecer innecesariamente el desenvolvimiento de las múltiples relaciones que con ellos deben forzosamente establecerse. (Énfasis fuera del texto original)

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia T-660 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández indicó:

El principio de buena fe tiene, entre otras, dos manifestaciones concretas, las cuales son: el respeto por el acto propio y la confianza legítima, que, conjuntamente, previenen a los operadores jurídicos de contravenir o ir en contra de sus actuaciones precedentes y de defraudar las expectativas que generan en los demás, a la vez que compelen a las autoridades y a los particulares a conservar una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos adquiridos y una garantía de estabilidad y durabilidad de las situaciones que objetivamente permitan esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico.

Por su parte la SU- 360 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero reiteró que la confianza legítima es jurídicamente exigible, en los siguientes términos:

Este principio se define como el deber que permea el derecho administrativo, el cual, si bien se deriva directamente de los principios de seguridad jurídica, de respeto al acto propio y buena fe, adquiere una identidad propia en virtud de las especiales reglas que se imponen en la relación entre administración y administrado. Es por ello que la confianza en la administración no solo es éticamente deseable sino jurídicamente exigible. Este principio se aplica como mecanismo para

conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse. (...)

Ahora, en cuanto al desarrollo jurisprudencial del respeto por el acto propio, en ese sentido La Corte Constitucional en sentencia T-295 de 1999 con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero agrega:

La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo “Venire contra pactum proprium nellí conceditur” y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.

Finalmente se debe destacar, que para la aplicación de este principio la Corte Constitucional se deben dar los siguientes presupuestos:

(i) se ha proferido un acto que contenga una situación subjetiva concreta y verificable que conceda confianza a su beneficiario de la titularidad de una posición jurídica determinada, esto es, que la disposición sea eficaz y jurídicamente vinculante; (ii) la decisión sea revocada unilateralmente por su emisor sin que esté autorizado por el ordenamiento para ello y con base en parámetros irrazonables o desproporcionados y (iii) exista identidad entre el sujeto que emite la decisión y su beneficiario tanto en la disposición inicial como en la posterior que la modifica, a la vez que ambos actos regulen la misma situación jurídica subjetiva.

En particular, en el caso concreto La Corte Constitucional de conformidad con lo mencionado en precedencia indicó:

En ese sentido, es claro que las reglas del concurso son invariables tal como lo reiteró esta Corporación en la sentencia SU-913 de 2009 al señalar “...**resulta imperativo recordar la intangibilidad de las reglas que rigen las convocatorias de los concursos públicos para acceder a cargos de carrera en tanto no vulneren la ley, la Constitución y los derechos fundamentales en aras de garantizar el derecho fundamental a la igualdad, así como la inmodificabilidad de las listas de elegibles una vez éstas se encuentran en firme como garantía de los principios de buena fe y confianza legítima que deben acompañar estos procesos.**” (Negritas fuera del texto original)

Y en igual sentido la Corte Constitucional en sentencia SU-446 de 2011 reitero que:

La utilización de la lista o registro de elegible desconociendo esta regla, implicaría una modificación e inobservancia de las pautas de las diversas convocatorias, hecho que la Sala no puede aceptar, porque se vulnerarían, entre otros, los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y el mandato del artículo 125 constitucional. (Negritas fuera del texto original)

Nótese señor Juez como la administración frente a sus dos posturas de la aplicación de la Ley 1960 de 2019, una en la cual, esta ley se debe aplicar de manera irretroactiva, es decir, que para las convocatorias que iniciaron antes del 27 de junio de 2019 fecha en la que entró en vigencia esta ley, rige la normatividad primigenia de la Ley 909 de 2004¹² y la segunda posición según la cual la Ley 1960 de 2019 se debe aplicar de manera retroactiva, deja ver

¹² Posición que ha sido constante en el Departamento Administrativo de la Función Pública, y postura que vino aplicando la CNSC hasta el cambio de criterio del 16 de enero de 2020.

como la Comisión Nacional del Servicio Civil no tiene una claridad conceptual frente a los criterios antes mencionados, toda vez, que en el último acuerdo de 12 de marzo de 2020 vuelve y abandona su postura y reconoce que, en lo relativo a la lista de elegibles, las convocatorias debe sujetarse al marco legal vigente que regía al momento de la misma y posteriormente en respuesta a derecho de petición el 8 de julio de 2020 en radicado 20202010513001 reitera el Comisionado Fridole Ballén Duque de la CNSC que:

(...)

Al respecto, cabe recordad que los aspirantes que integran las listas de elegibles expedidas en el marco de los concursos de méritos aprobados antes del 27 de junio de 2019, detentan una situación jurídica consolidada y están amparados bajo las normas regulatorias de sus respectivos procesos de selección.

En consecuencia, las disposiciones comprendidas en el artículo 6º de la Ley 1960 les serán aplicables a los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019. (Énfasis a propósito)

Dado lo anterior, es claro que de conformidad con el acuerdo de la Convocatoria 433 de 2016 y lo contemplado sobre el uso de lista de elegibles en ella, así como la estabilidad laboral reforzada para quienes estamos en encargo, teníamos la confianza legítima y seguridad jurídica de que nuestro cargo se mantuviera hasta tanto fuera provisto por una nueva convocatoria o por razones del servicio se suprimiera el mismo, de manera que, tanto la CNSC quien establece los lineamientos y autoriza el uso de la lista de elegibles, como el ICBF vulneraron con su actuar el derecho fundamental a la buena fe, la confianza legítima, el respeto por el acto propio y la seguridad jurídica al variar de posición jurídica y al extralimitasen en sus funciones desconociendo todo el marco legal y jurisprudencial, por lo que se solicita al Despacho se proteja este derecho fundamental en esta acción constitucional.

4. DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD DE TRATO.

En este punto conviene citar al reputado tratadista Manuel Fernando Quinche Ramírez, en su libro El Precedente Judicial Y Sus Reglas, Ediciones Doctrina y Ley 2016, que en sus páginas 103 y siguientes trata sobre el derecho a igual interpretación y aplicación del derecho (derecho a igualdad de trato jurídico), señalando a la letra:

“El punto de partida de este derecho, es compartido por un buen número de autores, por la jurisprudencia colombiana y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La premisa fundamental compartida señala que, en virtud de la existencia del principio de igualdad, la administración pública y la administración de justicia, al proferir sus actos de decisión y sus sentencias, no pueden dar un tratamiento diferente a personas que se encuentran en la misma situación. Como consecuencia de ello se afirma entonces, que las personas tenemos derecho a igual interpretación y a igual aplicación del derecho por parte de la administración y de los jueces.

Como fue señalado el derecho a la igualdad de trato jurídico fue expresamente reconocido como derecho fundamental por el artículo 13 de la Constitución Política, donde se establece una regla, que consiste en un mandato según el cual, todas las personas “recibirán la misma protección y trato por parte de las autoridades”, lo que según la Corte Constitucional involucra dos

componentes, a saber, un deber a cargo de las autoridades públicas y un derecho de las personas:

- a) El deber de adjudicación igualitaria del derecho, que está a cargo de las autoridades públicas de todos los niveles y de la totalidad de los jueces y magistrados.
- b) El derecho de las personas a exigir de los servidores públicos y de los jueces, que en el ejercicio de sus funciones, reconozcan los mismos derechos, a quienes se hallen en una misma situación.

Dentro de esta comprensión, tratar igualitariamente a los ciudadanos no es una opción de los jueces, sino su obligación, la que tiene dos supuestos: el derecho a la interpretación uniforme e igualitaria, y la racionalidad de la decisión judicial.

El derecho a interpretación igualitaria es determinante y se materializa en la unificación de la jurisprudencia que hacen los órganos judiciales de cierre. Ya lo había señalado la Corte Constitucional al referirse desde el comienzo al concepto de igualdad en la aplicación de la ley, precisando que “ya no basta que las personas gocen de iguales derechos en las normas positivas ni que sean juzgadas por los mismos órganos. Ahora se exige además que en la aplicación de la ley las personas reciban un tratamiento igualitario”

La obligatoriedad del precedente judicial de los órganos de cierre del sistema es indispensable para la realización del derecho a la igualdad de trato jurídico, en la medida que la unidad de la interpretación vertida en sus precedentes, se erige en el criterio de evaluación para saber si en un caso concreto se ha violado o no el derecho a la igualdad en la aplicación del derecho. Por esto mismo y en palabras de la Corte, “el precedente jurisprudencial aparece como un mecanismo realizador de la igualdad jurídica, pues los ciudadanos pueden contar con que el derecho ya reconocido a una persona habrá de serle reconocido a otra u otras que se hallaren en la misma situación fáctica y jurídica inicialmente decidida.” (Sentencia C-811 de 2011 M.P. Mauricio González Cuervo, consideración jurídica No. 5.4.1.1.)

Por consiguiente señor Juez dado que hay un marco legal y jurisprudencial y en la sentencia SU- 446 de 2011 en idéntica situación fáctica que ocupa la atención del despacho, La Corte Constitucional ya sentó precedente jurisprudencial en sentencia de unificación sobre la obligatoriedad de acatar el acuerdo de convocatoria y la utilización de la listas de elegibles únicamente para proveer los concursos convocados, a no ser, que el acuerdo de convocatoria haya dispuesto el uso de la listas de elegibles para cargos no ofertados, situación que no acaeció en esta convocatoria, se solicita por tanto, se dé cumplimiento al marco legal y constitucional y se proteja mi derecho fundamental a la igualdad -de trato jurídico- que se encuentra ya vulnerado con la Resolución No. 3774 de 2020.

5. DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO

En cuanto al debido proceso señor Juez, es importante indicarle como en este caso se ha venido presentando una serie de irregularidades, la primera es que la Comisión Nacional del Servicio Civil a motu proprio se abrogó la facultad legal de otorgar efectos retroactivos a la Ley 1960 de 2019, potestad que únicamente le ha sido conferida al legislador.

Además de lo anterior, y de conformidad con lo expuesto en su momento, el acto administrativo del Criterio Unificado de 16 de enero de 2020 fue expedido irregularmente por falta de motivación, falsa motivación y con infracción en las normas en que debía fundarse, esto es, el marco legal y constitucional consagrado en los artículos 13, 25, 29, 40

No. 7, 83, 113, 125 y 150, Ley 909 de 2004 artículos 24, 25 y 31, el Decreto Ley 760 de 2005 artículo 44 y el Decreto 648 de 2017 el cual modifica el Decreto 1083 de 2015, artículos 2.2.5.3.1, 2.2.5.3.2, 2.2.5.3.3 y 2.2.6.3, y a su vez, fue derogado por el Acuerdo 0165 de 12 de marzo de 2020, mediante el cual se dispuso que en tratándose de la aplicación de la lista de elegibles, se debía tener en cuenta el marco legal vigente al momento de la convocatoria¹³.

De manera que, el ICBF y la CNSC cambiaron de manera ilegal las reglas de juego del acuerdo de convocatoria y desconocieron todo el marco legal y constitucional aplicable al caso, dándole un alcance ilegal a la lista de elegibles.

Y es que, cambiar las reglas de juego, es una clara violación al debido proceso, por cuanto, como lo vimos en su momento, el acuerdo de convocatoria es de obligatorio cumplimiento para la administración y los participantes.

En este punto, quiero reiterar el hecho de que los participantes de la Convocatoria No. 433 de 2016 nos sometimos a las reglas del acuerdo de convocatoria y además al marco legal aplicable, en esa medida yo gane ese concurso y la ley me otorgo el derecho a ocupar válidamente el cargo de Defensor de Familia en la modalidad de encargo hasta tanto se adelante un nuevo concurso.

De esta forma señor Juez, quiero insistir en lo manifestado en la Sentencia SU- 446 de 2011 que en lo pertinente indicó:

Es importante señalar, entonces, que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos, el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso **Y NO PARA OTROS**, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel: **EL DE LAS PLAZAS A PROVEER**. El segundo, que, durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar **SÓLO** las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros. **POR TANTO, NO SE PUEDE AFIRMAR QUE EXISTE DESCONOCIMIENTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES NI DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES CUANDO LA AUTORIDAD CORRESPONDIENTE SE ABSTIENE DE PROVEER CON DICHO ACTO EMPLEOS NO OFERTADOS. (Énfasis fuera del texto)**

Por lo tanto, los participantes sabían que la lista de elegibles sería utilizada para cubrir los cargos ofertados y no otros, con lo que, la aspiración ilegal de ellos y de la administración de cubrir las vacantes creadas con posterioridad, vulnera nuestro debido proceso.

Hay que decir también que, la Resolución No. 3774 de 2019 notificada mediante publicación de 13 de julio de 2020, dispuso que las personas nombradas en periodo de prueba tienen diez días hábiles para decir si aceptan y diez días hábiles para posesionarse, situación que puede acaecer en menor tiempo, ya que solo se necesitan dos días hábiles para que ocupen el cargo, uno en el cual manifiestan la aceptación y el otro cuando llevan los documentos y los posesionan.

¹³ Indica el Parágrafo del artículo 13 del Acuerdo 165: Para los procesos de selección aprobados con anterioridad a la expedición de este Acuerdo, se aplicarán las disposiciones contenidas en la normatividad vigente al momento de su aprobación.

En particular, el 15 de julio de 2020 envié recurso de reposición contra la mencionada Resolución de conformidad con el numeral 1 del artículo 74 de la Ley 1437 de 2011¹⁴ y si tenemos en cuenta que la lista de elegibles vence el próximo 30 de julio de 2020, el ICBF en lo que sigue, va a posesionar a la gente, lo que muy posiblemente va a omitir el derecho de defensa al que tenemos derecho.

Dado lo anterior, solicito se me proteja el debido proceso, aplicando el marco legal y jurisprudencial que en derecho corresponde, y no, un acto administrativo que infringe el ordenamiento jurídico, se encuentra derogado y fue expedido de manera ilegal, con extralimitación de funciones mediante la falta y falsa motivación, abrogándose la CNSC la facultad de manera ilegal de otorgar efectos retroactivos a la Ley 1960 de 2019, todo lo anterior conlleva a que el ICBF con el proceder ilegal haya vulnerado mi derecho fundamental al debido proceso, derecho que se encuentra en grave amenaza ya que solamente falta la materialización del mismo.

6. Derecho fundamental a la dignidad humana

El hecho de ganarse un cargo por medio de una convocatoria pública otorga el derecho al aspirante a ser vinculado a la administración a un periodo de prueba de seis meses, superado el mismo, se otorga a este, los derechos de carrera administrativa.

De conformidad con esos derechos, se encuentra la posibilidad de ser encargado, tal como se desprende del marco legal enunciado en el acápite correspondiente.

Como es bien sabido, la dignidad humana ha sido entendida como vivir como quiera, vivir bien y vivir sin humillaciones¹⁵, situación que de conformidad con la decisión arbitraria e ilegal del ICBF impide la manifestación de este derecho fundamental.

Razón por la cual la Resolución No. 3774 de 2020 del ICBF que solamente falta que se materialice, me representa una vulneración y amenaza a este derecho fundamental.

7. Derecho fundamental al mínimo vital

Acerca del derecho al mínimo vital la Corte Constitucional ha destacado en la sentencia T-199 de 2019 que:

(i) Se trata de acceso básico de condiciones dignas de existencia para el desarrollo del individuo, (ii) que depende de su situación particular y (iii) es un concepto indeterminado cuya concreción depende de las circunstancias particulares de cada caso, por lo que requiere un análisis caso por caso y cualitativo.

En este sentido señor Juez, debo manifestar que de acuerdo con la convicción de que mi periodo de encargo duraría hasta un nuevo concurso adquirí obligaciones que eran proporcionales al tiempo en que se tenía previsto la duración del encargo, esto es, hasta una nueva convocatoria, y además, debido a la contingencia por la pandemia del virus Covid-19, cambiaron de manera imprevisible e irresistible las condiciones familiares, tal como detallare con más profundidad en la solicitud de medida cautelar.

¹⁴ Artículo 74. Recursos contra los actos administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:

1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.

¹⁵ T-881 de 2002

De ahí que, retornar a mi cargo de técnico administrativo afecta de manera significativa mis ingresos económicos, lo que vulnera mi derecho al mínimo vital.

IV. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Señor Juez la presente acción constitucional es procedente como medio subsidiario para evitar un perjuicio irremediable, como a continuación paso a justificar.

En primer lugar, es importante mencionar que, la Resolución No. 3774 de 10 de junio de 2020 publicada el 13 de julio de 2020 en la cual se pretende cubrir las vacantes de Defensor de Familia con la lista de elegibles de la Convocatoria 433 de 2016, vence el próximo 30 de julio de 2020, razón por la cual, el ICBF debe hacer uso de esta antes de esta fecha.

Frente a lo anterior, hay que mencionar que, en la misma Resolución se da un término de diez días hábiles para que los participantes informen si aceptan el cargo, y diez días hábiles para la posesión del cargo en periodo de prueba, situación que puede acaecer en menor tiempo, toda vez que, solamente se necesitan dos días hábiles para la posesión del cargo, uno en el que se acepta y otro en el que se posesiona en el mismo.

Lo anterior muestra que, respecto a los derechos fundamentales invocados en esta acción, estoy ante una amenaza real, inminente y cierta, de que los mismos sufran un perjuicio irremediable.

Cabe resaltar que el perjuicio es grave, por cuanto, la consumación del proceder ilegal de la administración afecta de manera significativa mis condiciones de vida, mínimo vital, debido proceso, estabilidad laboral reforzada, acceso a cargos públicos y derecho a la igualdad de trato jurídico, lo que conlleva a la necesidad de adoptar medidas urgentes con el fin de conjurar el daño antijurídico que no estoy en la obligación de soportar.

Llegados a este punto, se podría pensar que la acción es improcedente por cuanto, la Ley 1437 de 2011 -CPA y CA- consagra la posibilidad de solucionar estas controversias a través del proceso de nulidad y restablecimiento de derechos, no obstante, hay que hacer dos precisiones:

La primera de ellas es que por medio del Acuerdo No. CSJANTA20-80 de 12 de julio de 2020 El Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia dispuso el cierre de los Despachos Judiciales ubicados en la Comuna 10 de Medellín, entre ellos los Juzgados Administrativos de Medellín y a su vez, se ordeno la suspensión de términos judiciales de los mismos, excepción que solamente tiene cabida para las acciones de tutelas y de habeas corpus.

La segunda razón, es que, para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se debe agotar como requisito de procedibilidad la conciliación extrajudicial.

Valga decir que, esta conciliación judicial en principio se puede omitir en tratándose de procesos en los que se solicita una medida cautelar, sin embargo, es pertinente traer a colación lo manifestado por el Tribunal Administrativo de Tunja en expediente 15001233300020190015200 de 28 de junio de 2019 donde indicó que:

Si la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos carece de contenido patrimonial, no puede prescindirse de la acreditación del cumplimiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial.

(...) el artículo 613 del Código General del Proceso, estableció que en materia contencioso administrativa no será necesario agotar el requisito de procedibilidad en los procesos en los cuales el demandante solicite medidas cautelares de carácter patrimonial, la parte demandante sea una entidad pública o se trate de un proceso ejecutivo.

Entonces, en los eventos en que se solicite la suspensión de los efectos de actos administrativos como medida cautelar en los procesos ante la jurisdicción contencioso administrativa, es obligatorio agotar el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial señalado en el numeral 1o del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011.¹⁶

De lo anterior, se infiere que la admisión de la demanda sin el requisito de conciliación extrajudicial queda al arbitrio de cada Juez en particular, lo que conlleva a que este caso en específico pueda apreciarse como un negocio en el que se discute la legalidad de la desvinculación, más que el contenido patrimonial derivado del mismo acto administrativo, lo que implica que para acudir a la vía ordinaria para hacer efectivo el cumplimiento de mis derechos constitucionales y legales deba acudir a la conciliación, fecha para la cual ya se habría consolidado el perjuicio irreparable.

Corolario de lo anterior, esta acción de tutela es procedente como medio transitoria para evitar un perjuicio irreparable, dado que el proceso de restablecimiento de derechos no es el mecanismo idóneo y eficaz para la garantía de mis derechos, y es urgente e impostergable la adopción de medidas provisionales para que mis derechos fundamentales no se tornen nugatorios, por cuanto la lista de elegibles vence el próximo 30 de junio de 2020.

Al respecto la sentencia SU- 339 de 2011 especificó que:

Se ha establecido que las acciones ordinarias como son la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, retardan la protección de los derechos fundamentales de los actores, así mismo se ha señalado que estas acciones carecen, por la forma como están estructurados los procesos, de la capacidad de brindar un remedio integral para la violación de los derechos del accionante, razón por la cual, la tutela es el mecanismo idóneo para dar protección inmediata y definitiva a los derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad.

Con base en todo lo expuesto, solicito al Despacho:

V. PETICIÓN

1. Se tutelen mis derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a acceder a cargos públicos, a la buena fe en las modalidades de confianza legítima, respeto al acto propio y seguridad jurídica, a la igualdad de trato jurídico, al debido proceso, a la dignidad humana, y al mínimo vital.
2. Como consecuencia de lo anterior, ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar abstenerse de hacer uso de la lista de elegibles para la Oferta Pública de Empleo -OPEC de los empleos que no fueron ofertados en la Convocatoria 433 de 2016.
3. Las demás medidas que ultra y extra petita considere el Juez Constitucional.

VI. PRUEBAS

¹⁶ Posición que puede verse con mayor claridad en el Auto 2015-00554 de octubre 6 de 2017, Sección Primera del Consejo de Estado, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés RADICADO 250002341000 2015-00554 01.

1. Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2019 “Por la cual se convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF, Convocatoria No. 433 de 2016”.
2. Decreto 1479 de 2017 de 4 de septiembre de 2017 “Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras” y se dictan otras disposiciones”. Publicado en el diario oficial No. 50.346 de 04 de septiembre de 2017.
3. Resolución No. 6467 de 25 de mayo de 2018 por medio de la cual se me hace nombramiento en periodo de prueba para el cargo de Técnico Administrativo 3124 grado 10 (10377).
4. Acta de posesión No. 0082 de 19 de junio de 2018 mediante el cual se me posesiona al cargo de Técnico Administrativo 3124 grado 10 (10377).
5. Resolución No. 3938 de 16 de mayo de 2019 por medio de la cual se me encarga en el cargo de Defensor de Familia 2125-17 (25675).
6. Acta de posesión No. 0037 de 5 de junio de 2019 por medio del cual se me encarga en el cargo de Defensor de Familia.
7. Circular Conjunta No. 20191000000117 de 29 de julio de 2019 emanada de la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Departamento Administrativo de la Función Pública, por medio de la cual se impartieron lineamientos frente a la aplicación de las disposiciones contenida en la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, en relación con la vigencia de la ley- proceso de selección, informe de las vacantes definitivas y encargos.
8. Conceptos del Departamento Administrativo de la Función Pública:
 - No. 285251 de 29 de agosto de 2019 radicado 20196000285251
 - No. 287531 de 2 de septiembre de 2019 radicado 20196000287531
 - No. 101591 de 12 de marzo de 2020 radicado 20206000101591
 - No. 116721 de 25 de marzo de 2020 radicado 20206000116721
 - No. 119821 de 27 de marzo de 2020 radicado 20206000119821
 - Concepto de 20206000226411 de 10 de junio de 2020.
9. Criterio Unificado “Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2020” de 1 de agosto de 2019 expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
10. Criterio Unificado “Uso de las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”, de 16 de enero de 2020 expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

11. Acuerdo No. 0165 de 12 de marzo de 2020 “Por el cual se reglamenta la conformación, organización y manejo del Banco Nacional de Listas de Elegibles para el Sistema General de Carrera y Sistemas Específicos y Especiales de Origen Legal en lo que les aplique” publicada en el diario oficial 51.259 de 17 de marzo de 2020.
12. Respuesta del 8 de julio de 2020 del Comisionado Fridole Ballén Duque de la CNSC en radicado 20202010513001 en donde responde la solicitud revisión del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 y se aclara que el criterio no confirió efectos retroactivos.
13. Resolución No. 3774 de 10 de junio de 2020 por medio del cual se hacen unos nombramientos en periodo de prueba y se dictan otras disposiciones.
14. Publicación de la Resolución No. 3774 de 13 de julio de 2020.
15. Recurso de reposición en contra de la Resolución No. 3774 de 2020.
16. Envío del recurso de reposición en contra de la Resolución No. 3774 de 2020. En 1 folio.
17. Acuerdo No. CSJANTA20-80 de 12 de julio de 2020 “por medio del cual se dispone el cierre transitorio de los Despacho Judiciales ubicados en la Comuna 10- La Candelaria de la Ciudad de Medellín, expedido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia.

VII. ANEXOS

1. Las mencionadas como pruebas.
2. Copia de Cédula de Ciudadanía.
3. Solicitud de medida provisional de la Resolución No. 3774 de 2020.
4. Anexo de la solicitud de medida provisional.

VIII. COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017 que modificó artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015 es usted competente señor Juez, debido a la naturaleza de la entidad accionada.

IX. JURAMENTO

Bajo la gravedad del juramento manifiesto que, por los mismos hechos y derechos, no he presentado acción de tutela ante ninguna autoridad judicial.

X. NOTIFICACIÓN

Al demandado en el correo electrónico Notificaciones.Judiciales@icbf.gov.co

Al suscrito en el correo electrónico abogadomunerabedoya@gmail.com

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'A. Múnera Bedoya', is displayed on a light gray rectangular background. The signature is fluid and cursive.

ANDERSON MÚNERA BEDOYA
C.C. No. 71.293.945