



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
DE VILLAVICENCIO

Villavicencio, once (11) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

**RADICACIÓN:** 50 001 33 33 007 2021 00027 00  
**ACCIÓN:** TUTELA  
**DEMANDANTE:** MARÍA LUZ DIVIA RAMÍREZ ISSAZA  
**DEMANDADO:** INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC

**ASUNTO A RESOLVER:**

Se provee sobre la solicitud de tutela judicial presentada por **MARÍA LUZ DIVIA RAMÍREZ ISSAZA**, en orden a que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, al acceso al empleo público tras concurso de mérito, principio de la confianza legítima, la dignidad humana, fundamental de los niños y la protección especial a la mujer cabeza de familia, presuntamente vulnerados por el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC**, como consecuencia del tratamiento que se dio a los cargos con vacancia definitiva o, a los empleos que se encuentran provistos en provisionalidad, o por encargo los cuales se encuentran contenidos en la Lista de Elegibles de la OPEC 42407 de la Convocatoria 433 de 2016 - ICBF, teniendo en cuenta que hace parte de la lista de elegibles.

Así mismo, en razón a que la decisión que aquí se adopte puede tener efectos y repercusiones frente a las personas que se encuentran en la Lista de Elegibles de la OPEC 42407 y Personas vinculadas con empleos Profesional Especializado; Código 2028 Grado 17, que se encuentren vinculados en provisionalidad, temporalidad o encargo en el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF**, se hace necesario **VINCULAR** por pasiva a todos los integrantes del mismo para que en el término perentorio de un (01) día contado a partir de la notificación de la presente providencia ejerzan su derecho de defensa y contradicción y aporten las pruebas pertinentes.

La anterior integración deberá efectuarse por la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, mediante publicación a través de su página web, el día hábil siguiente a la notificación del presente proveído, actuación de la cual deberá allegarse la respectiva constancia, a más tardar con el informe que se rinda dentro de la presente acción.

Ahora bien, como la solicitud de tutela cumple con los requisitos previstos en el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, se admitirá y se ordenará notificar a la autoridad accionada.

En mérito de lo brevemente expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Villavicencio:

**RESUELVE:**

**PRIMERO: ADMITIR** la solicitud de tutela presentada por **MARÍA LUZ DIVIA RAMÍREZ ISSAZA**, contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF** y la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC**.

**SEGUNDO: VINCULAR** a **TODAS** las personas que se encuentran en la Lista de Elegibles de la OPEC 42407 y Personas vinculadas a empleos de Profesional Especializado; Código 2028 Grado 17, que se encuentren vinculados en provisionalidad, temporalidad o encargo en el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, para que en el término perentorio de un (01) día contado a partir de la notificación de la presente providencia ejerzan su derecho de defensa y contradicción y aporten las pruebas pertinentes.

**TERCERO: NOTIFICAR** por el medio más expedito y a la mayor brevedad posible, al **Director del ICBF y al Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC**, sobre la admisión de la presente acción. Entréguese copia de la solicitud de tutela con sus anexos y del presente auto.

**CUARTO: Notificar** a la accionante el contenido de esta providencia.

**QUINTO:** Por Secretaría, oficiese: al **Director del ICBF y al Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC**, para que, dentro de los **dos (2)** días siguientes al recibo de la respectiva comunicación, el funcionario competente remita a este Despacho un informe respecto de los hechos de la demanda de tutela de la referencia.

**SEXTO: REQUERIR A LA SEÑORA MARÍA LUZ DIVIA RAMÍREZ ISSAZA**, a fin de que allegue copia de la sentencia de segunda instancia de fecha 10 de noviembre de 2020 dentro del Radicado:950013189001 2020 00063 01.

Así mismo, el despacho **require a la accionante a fin de que realice el juramento de que trata el inciso segundo del artículo 37 del decreto 2591 de 1991.**

Se reitera que el término para remitir la información es de dos (2) días siguientes al recibo de la respectiva comunicación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CLARA PIEDAD RODRÍGUEZ CASTILLO**  
Juez



JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
DE VILLAVICENCIO

Villavicencio, once (11) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

**RADICACIÓN: 50 001 33 33 007 2021 00027 00**  
**ACCIÓN: TUTELA**  
**DEMANDANTE: MARÍA LUZ DIVIA RAMÍREZ ISSAZA**  
**DEMANDADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC**

**ASUNTO A RESOLVER:**

Se provee sobre la solicitud de tutela judicial presentada por **MARÍA LUZ DIVIA RAMÍREZ ISSAZA**, en orden a que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, al acceso al empleo público tras concurso de mérito, principio de la confianza legítima, la dignidad humana, fundamental de los niños y la protección especial a la mujer cabeza de familia, presuntamente vulnerados por el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC**, como consecuencia del tratamiento que se dio a los cargos con vacancia definitiva o, a los empleos que se encuentran provistos en provisionalidad, o por encargo los cuales se encuentran contenidos en la Lista de Elegibles de la OPEC 42407 de la Convocatoria 433 de 2016 - ICBF, teniendo en cuenta que hace parte de la lista de elegibles.

Así mismo, en razón a que la decisión que aquí se adopte puede tener efectos y repercusiones frente a las personas que se encuentran en la Lista de Elegibles de la OPEC 42407 y Personas vinculadas con empleos Profesional Especializado; Código 2028 Grado 17, que se encuentren vinculados en provisionalidad, temporalidad o encargo en el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF**, se hace necesario **VINCULAR** por pasiva a todos los integrantes del mismo para que en el término perentorio de un (01) día contado a partir de la notificación de la presente providencia ejerzan su derecho de defensa y contradicción y aporten las pruebas pertinentes.

La anterior integración deberá efectuarse por la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, mediante publicación a través de su página web, el día hábil siguiente a la notificación del presente proveído, actuación de la cual deberá allegarse la respectiva constancia, a más tardar con el informe que se rinda dentro de la presente acción.

Ahora bien, como la solicitud de tutela cumple con los requisitos previstos en el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, se admitirá y se ordenará notificar a la autoridad accionada.

En mérito de lo brevemente expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Villavicencio:

**RESUELVE:**

**PRIMERO: ADMITIR** la solicitud de tutela presentada por **MARÍA LUZ DIVIA RAMÍREZ ISSAZA**, contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF** y la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC**.

**SEGUNDO: VINCULAR** a **TODAS** las personas que se encuentran en la Lista de Elegibles de la OPEC 42407 y Personas vinculadas a empleos de Profesional Especializado; Código 2028 Grado 17, que se encuentren vinculados en provisionalidad, temporalidad o encargo en el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, para que en el término perentorio de un (01) día contado a partir de la notificación de la presente providencia ejerzan su derecho de defensa y contradicción y aporten las pruebas pertinentes.

**TERCERO: NOTIFICAR** por el medio más expedito y a la mayor brevedad posible, al **Director del ICBF y al Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC**, sobre la admisión de la presente acción. Entréguese copia de la solicitud de tutela con sus anexos y del presente auto.

**CUARTO: Notificar** a la accionante el contenido de esta providencia.

**QUINTO:** Por Secretaría, oficiese: al **Director del ICBF y al Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC**, para que, dentro de los **dos (2)** días siguientes al recibo de la respectiva comunicación, el funcionario competente remita a este Despacho un informe respecto de los hechos de la demanda de tutela de la referencia.

**SEXTO: REQUERIR A LA SEÑORA MARÍA LUZ DIVIA RAMÍREZ ISSAZA**, a fin de que allegue copia de la sentencia de segunda instancia de fecha 10 de noviembre de 2020 dentro del Radicado:950013189001 2020 00063 01.

Así mismo, el despacho **require a la accionante a fin de que realice el juramento de que trata el inciso segundo del artículo 37 del decreto 2591 de 1991.**

Se reitera que el término para remitir la información es de dos (2) días siguientes al recibo de la respectiva comunicación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**CLARA PIEDAD RODRÍGUEZ CASTILLO**  
Juez

Señor

## Juez Constitucional (Reparto)

E.S.D.

- REFERENCIA:** Acción constitucional de tutela
- DERECHOS:** AL DEBIDO PROCESO (ART 29 C.P.), IGUALDAD (ART. 13 C.P.) Y AL ACCESO AL EMPLEO PUBLICO TRAS CONCURSO DE MERITO (ART 40 NUMERAL 7 Y ART 125 C.P.); PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA (ART 29 C.P.), A LA DIGNIDAD HUMANA (ART 1 C.P.), FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS (ARTICULO 44 C.P.), LA PROTECCIÓN ESPECIAL A LA MUJER CABEZA DE FAMILIA<sup>1</sup>
- ACCIONANTE:** MARIA LUZ DIVIA RAMÍREZ ISSAZA
- ACCIONADOS:** INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF  
COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC
- VINCULADOS:** Miembros de la Lista de Elegibles de la OPEC **42407** y Personas vinculadas con empleos Profesional Especializado; Código 2028 Grado 17, que se encuentren vinculados en provisionalidad, temporalidad o encargo en el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF

MARIA LUZ DIVIA RAMIREZ ISSAZA, mayor de edad, identificada con la cedula de ciudadanía número 52.425.088, me permito interponer ACCION CONSTITUCIONAL DE TUTELA en ejercicio de las facultades que me otorga el artículo 86 de la Constitución Política y las normas concordantes de los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000, de la siguiente manera:

### CONTENIDO

<b>1. ENTIDADES ACCIONADAS ENUNCIACION DE DERECHOS VULNERADOS - SOLICITUD DE VINCULACION.....</b>	<b>2</b>
<b>2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS.....</b>	<b>3</b>
<b>3. PRETENSIONES.....</b>	<b>14</b>
<b>4. FUNDAMENTOS DE DERECHO.....</b>	<b>15</b>
<b>4.2. EL DERECHO ADQUIRIDO A SER NOMBRADA EN UN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>19</b>
<b>4.3. Violación al derecho a la dignidad humana. C.P Art. 1. Colombia es un Estado Social de derecho.....</b>	<b>21</b>
<b>5. LA SITUACION ACTUAL POR LA PANDEMIA Y SUS CONSECUENCIA.....</b>	<b>22</b>
<b>6. LA NO APLICACIÓN DEL DECRETO 498 DE 2020 Y DE LOS ARTICULOS 6 Y 7 DE LA LEY 1960 DE 2019 – Revisar el Anexo A.....</b>	<b>25</b>
<b>7. CONFUSIÓN TRANSMITIDA EN EL COMUNICADO -CNSC- DEL 16 DE ENERO, ACUERDO 165 DEL 12 DE MARZO DE 2020 DE LA CNSC EVADIRÁ EL CUMPLIMIENTO DE LOS ARTICULOS 6 Y 7 DE LA LEY 1960 DE 2019, Y EL CUMPLIMIENTO DEL DECRETO 498 DE 2020.....</b>	<b>26</b>
<b>8. PRUEBAS Y ANEXOS.....</b>	<b>29</b>
<b>9. NOTIFICACIONES.....</b>	<b>30</b>

<sup>1</sup> Artículo 43 de la Constitución Política de Colombia

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

La actual Acción de Tutela la presento en contra de la entidad de derecho público conocida como **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF** representada esta por su directora o quien haga sus veces, y quien operara como ENTIDAD ACCIONADA en el presente proceso constitucional, el cual se ha iniciado a fin de que sean salvaguardados mis derechos AL DEBIDO PROCESO (ART 29 C.P.), IGUALDAD (ART. 13 C.P.) Y AL ACCESO AL EMPLEO PUBLICO TRAS CONCURSO DE MERITO (ART 40 NUMERAL 7 Y ART 125 C.P.); PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA (ART 29 C.P.), A LA DIGNIDAD HUMANA (ART 1 C.P.), FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS (ARTICULO 44 C.P.), LA PROTECCIÓN ESPECIAL A LA MUJER CABEZA DE FAMILIA<sup>2</sup> De igual modo pretendo que sean VINCULADOS a la siguiente Acción de Tutela la entidad de derecho público Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), representada por su representante legal, gerente o quien haga sus veces, pues la misma ha participado en la organización, preparación, coordinación y adelantamiento del concurso de Merito a través de la Convocatoria ICBF 433 de 2016 , ha emitido conceptos y criterios interpretativos al respecto del modo y mecanismos de utilización de las Listas de Elegibles emanantes de la citada convocatoria, y debe ser partícipe de los procesos de nombramiento de los citados elegibles, ya que, en el caso concreto, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, de cara a utilizar la Lista de Elegibles de la OPEC **42407** de la "Convocatoria 433 de 2016 - ICBF", debe solicitar autorización a la CNSC y adaptarse a los procedimientos internos de la entidad.

Por otro lado, y al ser este un proceso de su entero interés, se considera oportuno y necesario que sean vinculados al presente Proceso de Tutela los ciudadanos incluidos en la Lista de Elegibles de la OPEC 42407 de la "Convocatoria 433 de 2016 ICBF"" y las Personas vinculadas con empleos Profesional Especializado; Código 2028 Grado 17, en el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF que se encuentren trabajando en dicha institución y que se encuentren nombrados bajo la categoría de provisionalidad, temporalidad, o encargo que incluye cargos creados después de la expedición de la fecha del Acuerdo de la convocatoria 433 de 2016, todo ello ya no solo porque las personas mencionadas puedan tener interés legítimo en la resolución del problema ius fundamental que a través de la presente acción de tutela se está planteando, sino porque es posible que alguno de ellos pueda verse afectado por las decisiones que a través del presente proceso puedan tomarse.

---

<sup>2</sup> Artículo 43 de la Constitución Política de Colombia

## 2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

**2.1.** Debo mencionar primero que interpuse una acción de tutela con la finalidad de ser nombrada, la cual se decidió con una sentencia de segunda instancia, que tiene fecha 10 de noviembre de 2020 y Radicado:950013189001 2020 00063 01, donde no se ampararon mis derechos, aduciendo que *"no se cumplen aquellos requisitos, toda vez que, contrariamente a la exposición de la accionante, según información suministrada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, refrendada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el cargo de profesional universitario, código 2028, grado 17, carece de vacantes disponibles, situación jurídica que no fue desvirtuada en el decurso de esta acción excepcional, máxime, cuando la señora María Luz Divia Isaza no aportó prueba siquiera sumaria que permitiera establecer la existencia de vacantes que no existían pruebas de la existencia de vacantes para el cargo profesional especializado grado 17"*. Afirmación que el mismo ICBF desvirtúa con la publicación de las resoluciones 0432,0433,0434 y 0435 del 29 de enero de 2021 nombrando a elegibles de una sola lista para el cargo Profesional Especializado grado 17, rol Trabajo social. En resumen, aparte de este nuevo hecho, expongo otros nuevos que apoyan mis pretensiones, fundamentadas también con nuevos hechos jurídicos relevantes como son la expedición del criterio unificado del 22 de septiembre de 2020 sobre uso de listas de listas de elegibles para empleos equivalentes. Fallo de tutela del tribunal superior del valle del Cauca en donde se ordena una sola lista para Defensores de Familia y el acuerdo Nº 0013 DE 2021 "Por el cual se deroga el numeral 8 del artículo 2 y se modifican los numerales 1, 2 y 3 del artículo 8 del Acuerdo No. CNSC-0165 de 2020", además la vulneración a mis derechos se ha extendido ininterrumpidamente hasta la fecha en la que interpongo esta tutela.

**2.2.** Mediante Acuerdo No. CNSC-2016000001376, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), convoco a concurso de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016.

**2.3.** Me inscribí en la Convocatoria 433 de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, convocatoria destinada a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO Código 2028, Grado 17, de la OPEC 42407, para la entidad de derecho público INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Cumplí con todos los requisitos necesarios para formalizar mi inscripción, y realicé todas las pruebas de conocimiento y aptitudes que formaban parte del proceso, por lo que logré alcanzar el segundo lugar en la lista de elegibles, ahora el primer lugar por la recomposición de las listas.

**2.4.** Como circunstancia especial, informo a su despacho que soy madre cabeza de familia, lo que demuestro con los soportes anexados a esta acción constitucional, llevo muchos años trabajando, pero todavía no he obtenido el derecho a la jubilación, informo a su despacho soy madre cabeza de familia obviamente y respondo por mi hijo menor de edad, me quedan varios años para cumplir uno de los requisitos para ser pensionada uno de los objetivos de haberme presentado al concurso era tener una estabilidad económica, tener una base digna para la liquidación de la pensión.

**2.5.** Realicé un derecho de petición, el 25 de noviembre de 2020; a el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF así:

Ibagué Tolima, noviembre 25 de 2020

Señores

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR Dirección  
 de gestión humana/grupo de registro y control

Bogotá - Colombia

**Referencia:** Información de vacantes (en encargo, provisional, vacantes y prepensionados) Profesional especializado Grado 17 Perfil Trabajo Social existentes en la planta Global del ICBF.

Cordial saludo

La suscrita MARIA LUZ DIVIA RAMRIEZ ISSAZA, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 52.425.088 expedida en la ciudad de Bogotá, con domicilio en la Calle 13 No. 25-08 Apto 201 Barrio El Dorado en la ciudad de San José del Guaviare-Guaviare atendiendo a lo fundamentado en los artículos 23 y 74 de Constitución Política, Ley 1755 de 2015 y Ley 1437 de 2011 código de procedimiento administrativo y de más normas concordantes, me permito solicitar se me informe lo siguiente:

1. De manera detallada se describa el estado actual de los empleos para el cargo profesional Especializado código 2028 grado 17 de acuerdo a la siguiente información:

OPEC NUEVA EN SIMO	PLANTA REGIONAL ICBF	DEPENDENCIA PLANTA ICBF	MUNICIPIO	CARGO	CODIGO	GRADO	PROFESION	ESTADO PROVISION ACTUAL
123763	ANTIOQUIA	C.Z OCCIDENTE	SANTAFE DE ANTIOQUIA	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	TRABAJO SOCIAL	
131456	BOYACA	C.Z CHIQUINQUIRA	CHIQUINQUIRA	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	TRABAJO SOCIAL	
123762	MAGDALENA	C.Z SANTA ANA	SANTA ANA	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	TRABAJO SOCIAL	
123784	VALLE	C.Z SEVILLA	SEVILLA	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	TRABAJO SOCIAL	
123761	BOLIVAR	C.Z MOMPOS	MOMPOS	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	TRABAJO SOCIAL	
38952	LA GUAJIRA	GAT	RIOHACHA	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	TRABAJO SOCIAL	
39000	CAUCA	GAT	POPAYAN	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	TRABAJO SOCIAL	
42691	SUCRE	GAT	SINCELEJO	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	TRABAJO SOCIAL	
42691	SUCRE	GAT	SINCELEJO	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	TRABAJO SOCIAL	
38886	BOGOTA	C.Z KENNEDY	BOGOTA	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	TRABAJO SOCIAL	
38893	TOLIMA	C.Z JORDAN	IBAGUE	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	TRABAJO SOCIAL	
38907	BOYACA	C.Z TUNJA 2	TUNJA	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	TRABAJO SOCIAL	

2. Detalle de los empleos Profesional Especializado código 2028 grado 17 rol Trabajo social que hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las casuales consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 posterior a la fecha de la convocatoria N°433 de 2016 y que al momento de su apertura estaban provistos con personal en carrera administrativa.
3. De manera detallada se describan los cargos en estado prepensionado para el empleo profesional Especializado código 2028 grado 17 dentro de la planta Global de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (departamento, municipio, CZ, Regional).
4. Cargos que guarden equivalencia con el empleo Profesional especializado código 2028 grado 17, Rol Trabajo social OPEC 42407, dentro de la planta Global de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de acuerdo con el Artículo 2.2.11.2.3 del Decreto N°1083 de 2015 el cual establece: "Empleos equivalentes. Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su

desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente”.

5. Teniendo en cuenta el CRITERIO UNIFICADO “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES” de Fecha 22 de septiembre de 2020, ¿quisiera conocer el procedimiento que desarrollará el ICBF, para su aplicación a las listas de la convocatoria 433, dado que muchas listas de elegibles de la convocatoria 433 aún no habían expirado para esa fecha? Lo que significa que la excusa que solo podían nombrar a quienes cumplieran con el criterio “MISMO EMPLEO” ya no existe con la publicación de este criterio.
6. Y, por último, de acuerdo a lo publicado en la página de la CNSC, se informe el estado actual o etapa en que se encuentra el concurso de méritos del ICBF 2020.



Agradezco su oportuna respuesta. Recibo notificación a esta petición en el correo electrónico [mldri544@hotmail.com](mailto:mldri544@hotmail.com). Celular 3212905415.

## 2.6. El 25 noviembre de 2021, realicé un derecho de petición a la Comisión Nacional del Servicio Civil de la siguiente forma:

Ibagué Tolima, Noviembre 25 de 2020

Señores

COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Bogota - DC

**Referencia:** Información de empleos reportados en SIMO como vacantes definitivas, Profesional especializado

Grado 17 Perfil Trabajo Social pertenecientes a la planta Global del ICBF

Cordial saludo

La suscrita MARIA LUZ DIVIA RAMRIEZ ISSAZA, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 52.425.088 expedida en la ciudad de Bogotá, con domicilio en la Calle 13 No. 25-08 Apto 201 Barrio El Dorado en la ciudad de San José del Guaviare-Guaviare atendiendo a lo fundamentado en los artículos 23 y 74 de Constitución Política, Ley 1755 de 2015 y Ley 1437 de 2011 código de procedimiento administrativo y de más normas concordantes, me permito solicitar se me informe lo siguiente:

1. De manera detallada se describan los empleos que el ICBF ha reportado en SIMO como vacantes definitivas para el cargo profesional Especializado código 2028 grado 17 rol o perfil Trabajo Social.
2. Cargos que guarden equivalencia con el empleo Profesional especializado código 2028 grado 17, Rol Trabajo social OPEC 42407, reportados en vacancia definitiva dentro de la planta Global de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de acuerdo con el Artículo 2.2.11.2.3 del Decreto N°1083 de 2015 el cual establece: “Empleos equivalentes. Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente”.
3. Teniendo en cuenta el CRITERIO UNIFICADO “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES” de Fecha 22 de septiembre de 2020, ¿quisiera conocer el procedimiento que desarrollará la

CNSC, para su aplicación a las listas de la convocatoria 433 del ICBF, dado que muchas listas de elegibles de la misma convocatoria aún no habían expirado para esa fecha? Lo que significa que la excusa que solo podían nombrar a quienes cumplían con el criterio "MISMO EMPLEO" ya no existe con la publicación de este criterio.

4. Y, por último, de acuerdo con lo publicado en la página de la CNSC, se informe el estado actual o etapa en que se encuentra el concurso de méritos del ICBF 2020.

Próximas Convocatorias

Inicio | Convocatorias | Próximas Convocatorias

- Convocatoria Distrito Capital 4
- Convocatoria Cuerpos Oficiales de Bomberos 2020
- Convocatoria Territorial (Nariño) 2020
- Convocatoria Territorial para municipios de cuarta y sexta categoría. En cumplimiento del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022.
- Convocatoria Aeronáutica Civil 2020
- Convocatoria Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales 2020
- Convocatoria Docentes y Directivos Docentes 2020
- **Convocatoria Instituto Colombiano de Bienestar Familiar 2020**
- Convocatoria Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC (Administrativos y Cuerpo de Custodia)
- Convocatorias para 11 entidades del Orden Nacional. En cumplimiento del Acta de Acuerdos y Compromisos Mesa de la Meritocracia en el Empleo Público

Agradezco su oportuna respuesta. Recibo notificación a esta petición en el correo electrónico [mldri544@hotmail.com](mailto:mldri544@hotmail.com). Celular 3212905415.

**2.7.** De los puntos inmediatamente anteriores ninguna de las dos entidades respondió mis derechos de petición del 25 de noviembre.

## **2.8. EN LA ACTUALIDAD EL ICBF SIGUE REALIZANDO NOMBRAMIENTOS CON LISTAS DE ELEGIBLES VENCIDAS Y LA CNSC SIGUE AUTORIZANDO EL USO**

Presento pruebas fehacientes de nombramientos con listas de elegibles vencidas, sin la intervención de ninguna orden judicial, habiéndose solicitado el nombramiento **después** del vencimiento de las listas y autorizando la CNSC el uso de las mismas.

Presentaré en este punto una muestra con nombramientos con listas de elegibles vencidas, mostrando la siguiente resolución:



Instituto Colombiano de Bienestar Familiar  
Cecilia De la Fuente de Lleras  
Secretaría General



El futuro  
es de todos

Gobierno  
de Colombia

**RESOLUCIÓN No. 4536 12 AGO 2020**

Por medio de la cual se hace un nombramiento en período de prueba  
y se dictan otras disposiciones

**EL SECRETARIO GENERAL  
DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR  
CECILIA DE LA FUENTE DE LLERAS**

En uso de sus facultades legales y de la delegación conferida mediante  
la Resolución No. 3605 del 27 de mayo de 2020, y

**CONSIDERANDO:**

Que la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, mediante el Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - "Cecilia De la Fuente de Lleras" - ICBF, Convocatoria No. 433 de 2016.

Que agotadas las etapas del citado proceso de selección, la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC expidió la Resolución No. 20182230072805 del 17 de julio de 2018, por medio de la cual conformó lista de elegibles para proveer siete (7) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 35466, denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO CÓDIGO 4044 GRADO 14 de carrera administrativa de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Que la citada Resolución quedó en firme el día 31 de julio de 2018 y dentro de los términos de Ley la Entidad ha adelantado los trámites administrativos pertinentes expidiendo las resoluciones de nombramiento en periodo de prueba de quienes por mérito les asiste el derecho para proveer las vacantes inicialmente ofertadas dentro de la Convocatoria 433 de 2016.

Que las listas de elegibles que se conforman objeto de una convocatoria tienen una vigencia de dos (2) años, como lo señala la normatividad vigente:

Que la Ley 1960 de 2019, en su artículo 6º señala:

(...) **ARTÍCULO 6.** El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

Hemos señalado con amarillo lo más destacable en cuanto a las fechas, observamos que la resolución 4536 fue expedida el 12 de agosto de 2020, la resolución de nombramiento tiene fecha de 17 de julio de 2020, y la firmeza es del 31 de julio de 2018, al final el ICBF dice que:

**"Que las listas de elegibles que se conforman objeto de una convocatoria tienen una vigencia de dos (2) años, como lo señala la normatividad vigente:**

**Que la Ley 1960 de 2019 en su artículo 6º señala..."**

Así las cosas, para la resolución de nombramiento 4536 de 2020 vencía el 30 de julio de 2020, pero resulta que la expedición de la resolución es de fecha 12 de agosto de 2020. Y esa resolución de nombramiento no está motivada por cumplir con un fallo de tutela debido a que las de fallo de tutela tienen un título diferente, y para demostrarlo tengo la siguiente resolución:



Instituto Colombiano de Bienestar Familiar  
Cecilia De la Fuente de Lleras  
Secretaría General



El futuro  
es de todos  
Gobierno  
de Colombia

RESOLUCIÓN No. 4574

12 AGO 2020

Por la cual se hace un nombramiento en periodo de prueba en cumplimiento de un fallo de tutela

**EL SECRETARIO GENERAL  
DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR  
CECILIA DE LA FUENTE DE LLERAS**

En uso de sus facultades legales y de la delegación conferida mediante la Resolución No. 3605 del 27 de mayo de 2020, y

**CONSIDERANDO:**

Que la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, mediante el Acuerdo No. 2016100001376 del 5 de septiembre de 2016, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - "Cecilia De la Fuente de Lleras" - ICBF, Convocatoria No. 433 de 2016.

Que agotadas las etapas del citado proceso de selección, la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC expidió la Resolución No. 20182230040105 del 26 de abril de 2018, por medio de la cual conformó lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo de **PROFESIONAL UNIVERSITARIO CÓDIGO 2044 GRADO 7**, de carrera administrativa de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ubicado en el Centro Zonal Popayán ofertado con la OPEC 39405.

Se observa en la resolución 4574 que se afirma: **Por la cual se hace un nombramiento en periodo de prueba en cumplimiento de un fallo de tutela.**

Con todo lo anterior queda demostrado que ICBF y CNSC están efectuando las actuaciones administrativas con las cuales se están nombrando personas con listas de elegibles vencidas si no se tiene en cuenta la resolución CNSC 4970 24 de marzo de 2020.

Realicé un listado con una muestra con docenas de resoluciones de nombramiento para listas de elegibles vencidas así:

TABLA 1 - RESOLUCIONES DE NOMBRAMIENTO ICBF CON LISTA DE ELEGIBLES VENCIDAS

Número de resolución	Fecha resolución	Fecha lista	Fecha Firmeza	Vencimiento
4566	12/08/2020	26/06/2018	10/07/2018	9/07/2020
4565	12/08/2020	25/06/2018	10/07/2018	9/07/2020
4360	28/07/2020	22/05/2018	6/06/2018	5/06/2020
4361	28/07/2020	25/06/2018	25/06/2018	24/06/2020
4581	12/08/2020	22/05/2018	6/06/2018	5/06/2020
3849	16/06/2020	26/04/2018	9/05/2018	8/05/2020
4567	12/08/2020	26/06/2018	10/07/2018	9/07/2020
4557	12/08/2020	18/07/2018	31/07/2018	30/07/2020
4331	28/07/2020	25/06/2018	10/07/2018	9/07/2020
4619	20/08/2020	25/06/2018	10/07/2018	9/07/2020
4583	12/08/2020	17/07/2018	31/07/2018	30/07/2020
4575	12/08/2020	18/07/2018	31/07/2018	30/07/2020
4565	12/08/2020	25/06/2018	10/07/2018	9/07/2020

4332	28/07/2020	22/06/2018	10/07/2018	9/07/2020
4542	12/08/2020	25/06/2018	10/07/2018	9/07/2020
4550	12/08/2020	18/07/2018	31/07/2018	30/07/2020
4538	12/08/2020	17/07/2018	31/07/2018	30/07/2020
4539	12/08/2020	17/07/2018	31/07/2018	30/07/2020
4541	12/08/2020	17/07/2018	31/07/2018	30/07/2020
4540	12/08/2020	17/07/2018	31/07/2018	30/07/2020
4535	12/08/2020	17/07/2018	31/07/2018	30/07/2020
4536	12/08/2020	17/07/2018	31/07/2018	30/07/2020
4537	12/08/2020	17/07/2018	31/07/2018	30/07/2020
4624	21/08/2020	17/07/2018	31/07/2018	30/07/2020
4544	12/08/2020	10/08/2018	27/07/2018	26/07/2020
4548	12/08/2020	31/07/2018	31/07/2018	30/07/2020
4543	12/08/2020	10/08/2018	27/07/2018	26/07/2020
4563	12/08/2020	10/07/2018	26/06/2018	25/06/2020
4552	12/08/2020	18/07/2018	31/07/2018	30/07/2020
4551	12/08/2020	17/07/2018	31/07/2018	30/07/2020
4564	12/08/2020	17/07/2018	31/07/2018	30/07/2020
4620	20/08/2020	17/07/2018	31/07/2018	30/07/2020

Esta muestra es de 32 resoluciones cuyos datos pueden verificarse en la página WEB del ICBF de link:

[https://www.icbf.gov.co/gestion-humana/nombramientos433?f%5B0%5D=field\\_date%3A2020](https://www.icbf.gov.co/gestion-humana/nombramientos433?f%5B0%5D=field_date%3A2020), pero que también yo anexo a este memorial como prueba, no anexe más porque consideré que 32 resoluciones son una muestra importante para lo que pretendo demostrar, sino se tiene en cuenta la resolución CNSC 4970 todas éstas resoluciones de nombramiento fueron realizadas con listas de elegibles vencidas, lo que solicito respetuosamente para esta instancia es que se tenga en cuenta la sentencia de Popayán y que se me nombre teniendo presente lo establecido en la resolución 4970 de 24 de marzo de 2020, y que también se tenga en cuenta el fallo de segunda instancia con magistrado ponente **Manuel Antonio Burbano Goyes** en el Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Popayán Sala Civil Familia, en la acción de tutela interpuesta por la accionante **Eliud Velasco Gómez**, en sentencia proferida el 6 de agosto de 2020, proceso de radicado **19001311000220200011001.**, sentencia proferida en Popayán en caso con circunstancias similares a las mías, pues se ordena nombramiento en cargos equivalentes. Igualmente fallo proferido a favor de Olga Lucia Echavarría y el mas reciente fallo del tribunal superior del distrito judicial de Pereira, proceso 66001310300420200015901, en donde se se concede el amparo de los derechos al trabajo, igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos de dos accionantes y consecuencia de ello el ICBF emitió resoluciones de nombramientos de quienes integraron esa lista, lo que significa que contrario a lo que han venido alegando si existen vacantes para cubrir dichos nombramientos.

Así pues, solicito respetuosamente el amparo mi derecho a la igualdad establecido en nuestra constitución política de Colombia:

**Artículo 13.** *Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.*

Derecho a la igualdad que está siendo vulnerado por las entidades accionadas, ya que estos funcionarios fueron nombrados utilizando listas vencidas, y la comisión autorizó el uso de las mismas, dándome un trato desigual, al no acceder a mi nombramiento, y reitero, me encuentro en las mismas condiciones que la compañera nombrada.

**2.9.** Para mi caso, el perjuicio irremediable provocaría una afectación moral y económica grave, al negarme el acceso a la carrera administrativa, está probado está probado con la no respuesta a mis derechos de petición, al igual en los fallos anexados y relacionados con los temas de la convocatoria y la CNSC, se evidencia muy claramente esta situación, esto no es una afirmación subjetiva, solicito tomar como pruebas lo narrado en las sentencias relacionadas contra la CNSC y que anexo en este escrito de tutela, este perjuicio irremediable me afecta no solo a mí, sino a mi familia incluyendo un menor de edad como ya lo he venido reiterando.

He esperado pacientemente que se dé mi nombramiento en carrera administrativa, pero esto no ha ocurrido a la fecha, confié en la buena administración de las dos entidades accionadas, en cuanto al manejo de los nombramientos, pero esto no ha ocurrido, las pruebas en lo relacionado con esta materia las encontramos en la propia página de la Comisión Nacional del Servicio Civil con los centenares de acciones de tutela contra la CNSC y otras entidades nominadoras. La CNSC controla la carrera administrativa en Colombia.

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

**2.10.** El día cuatro (04) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), a través del Decreto 1479 del mismo día, el ICBF suprimió la planta temporal creada durante los años 2015 y 2016, y modificó la Planta de Personal de la entidad a fin de dar entrada a la Planta Global de la misma a 3. 737 nuevos empleados.

**2.11.** Según dispone el articulado del Decreto 1479 y de la Resolución 7746, ambos de 2017, el cargo creado y correspondientes con los cargos que pretendo los cuales debían ser provistos a través del procedimiento dispuesto por la Ley 909 de 2004 y sus respectivas modificaciones y el Decreto 1083 de 2015, es decir, haciendo uso de la Lista de Elegibles de la Convocatoria 433 de 2016, OPEC 34267, ya que debe considerarse que esos cargos se encuentran en vacancia definitiva. Esa disposición, al respecto de los nombramientos realizados en virtud del Decreto 1479, fue derogada por revocatoria del Artículo 4 de la Convocatoria del concurso, sin que hasta la fecha se conozca convocatoria efectiva para la disposición de forma permanente de dichas plazas, lo cual afecta gravemente al derecho al mérito de las persona que hayan podido concursar en la convocatoria 433 de 2016 y que no hayan podido ser nombrados en Carrera Administrativa al quedar en puestos inferiores a las plazas directamente ofertadas en la convocatoria en las Listas de Elegibles a pesar de haber superado todas las pruebas de conocimiento y actitudes del citado concurso de mérito y constatarse que tienen una expectativa legítima a ser nombrados para la cobertura de esos cargos en aplicación de la normativa vigente.

**2.12.** Superé todas las etapas del proceso de selección citadas en el puesto dos (2), obteniendo un puntaje final de 70.17 puntos. Las etapas definidas en la convocatoria fueron (página 20 del Acuerdo CNSC-2016000001376 del 05-09-2016):

**2.13.** El día 30 de marzo de 2020 el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA expidió el decreto número • 498 de 2020 "Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública" donde se determinó (y señalaré con azul):

(...)  
"

#### DECRETA:

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

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

1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.
2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad. Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

Parágrafo 1°. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

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

**2.14.** El día veintisiete (27) de junio de dos mil diecinueve (2019), se expidió la Ley 1960 del 2019 "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones" en cuyo artículo 6 se consignó: "El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "ARTICULO 31. El proceso de selección comprende: 1. (...) 2. (. . .) 3. (...) 4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad"

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

**Todos estos casos relacionados están relacionados en el Anexo C**

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

*"Adicionalmente, se debe tener en cuenta que aunque la redacción original del numeral 4º del artículo 31 de la ley 909 del 23 de septiembre de 2004 dictó que con la lista de elegibles "se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso", la ley 1960 del 27 de junio de 2019, modificó tal artículo, según el cual con la lista de elegibles "se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad".*

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

*Respecto a esto, es claro que, por regla general, las normas rigen hacia el futuro una vez son divulgadas, y excepcionalmente regirán ultra activa o retroactivamente, pero adicionalmente se ha aceptado otra modalidad de aplicación temporal de las normas denominada retrospectividad, que a las luces de la sentencia T-564 de 2015 consiste en: "...la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva.*

*En este sentido, ha sido unánimemente aceptado por la jurisprudencia de todas las Altas Cortes que si bien en principio las normas jurídicas solo tienen aplicabilidad a situaciones*

*que tuvieron lugar con posterioridad a su vigencia, ello no presenta impedimento alguno para que, en los casos en los que la situación jurídica no se ha consolidado o sus efectos siguen surtiéndose, una nueva norma pueda entrar a regular y a modificar situaciones surtidas con anterioridad a su vigencia."*

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

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

**2.17.** Existen por lo menos dos fallos de sentencia de primera instancia que no fueron impugnados y que ya pasaron a cosa juzgada, que relaciono a continuación:

- Radicado: **15001 33 33 007 2020 0057 00**, JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA, Accionante: **Rusby Eunice Tovar Ayala**; proferido el 22 de mayo de 2020, **fallo de primera instancia**
- Radicado: **05001310903020190017700**, JUZGADO TREINTA PENAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE MEDELLIN Accionante: **Rafael Araujo Ibarra**; proferido el 30 de septiembre de 2019, **fallo de primera instancia**.

**2.18.** De la misma forma que en el numeral 2.16., es importante destacar que la sentencia a continuación mostrada trataba de un caso referente a la aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 con **efecto retrospectivo** (no retroactivo).

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

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

**2.19.** Para los nombramientos de las personas que estamos en lista de elegibles no están siendo tenidos en cuenta las personas que pueden ocupar empleos equivalentes, entre otros asuntos porque *el acceso a los cargos públicos fue limitado por la no aplicación de los establecido en el decreto 498 de 2020.*

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

### 3. PRETENSIONES

Por lo expuesto, con base en los hechos, con fundamento en las pruebas que se aducen y conforme al derecho, debe entenderse que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF no dio el tratamiento que corresponde a la vacancia definitiva, o a los empleos que se encuentran provistos en provisionalidad, o por encargo y que corresponden a un **empleo equivalente** o también inclusive al **mismo empleo**, misma o similar denominación, mismas o similares funciones, mismo o similar grado, y mismo o similar salario que el de los empleos contenidos en la Lista de Elegibles de la OPEC 42407 de la Convocatoria 433 de 2016 - ICBF, en la cual aparezco, sobre todo teniendo en cuenta que existen empleos ocupados en provisionalidad o en Encargo que son **equivalentes** al empleo por el cual concursé, y teniendo presente que se consolidó el derecho a ser nombrada y que de él ninguna entidad administrativa puede disponer.

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

1. Se protejan mis derechos fundamentales AL DEBIDO PROCESO (ART 29 C.P.), IGUALDAD (ART. 13 C.P.) Y AL ACCESO AL EMPLEO PUBLICO TRAS CONCURSO DE MERITO (ART 40 NUMERAL 7 Y ART 125 C.P.); PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA (ART 29 C.P.), A LA DIGNIDAD HUMANA (ART 1 C.P.), FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS (ARTICULO 44 C.P.), LA PROTECCIÓN ESPECIAL A LA MUJER CABEZA DE FAMILIA<sup>3</sup> vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF.

2. Se ordene a las entidades accionadas que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, realicen los trámites administrativos pertinentes para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 1 del decreto 498 de 2020 en relación con el orden en que tuvieron que haberse provisto los empleos dentro del ICBF, y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC - 20182230073495 DEL 18-07-2018 respecto al cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 uno de los empleos que se encuentran en provisionalidad, encargo, o vacantes, teniendo en cuenta que se consolidó mi derecho a ser nombrada en un cargo de carrera administrativa al tener en cuenta lo reglamentado por el decreto 498 de 2020.

Y dado que, para la fecha de expedición de la normatividad relacionada, mi lista de elegibles se encontraba vigente y existían vacantes para el empleo PROFESIONAL ESPECIALIZADO CÓDIGO 2028 GRADO 17 tal y como se muestra a continuación de acuerdo a información suministrada por el ICBF en cumplimiento a fallo de tutela del Juzgado de Ejecución de penas y medidas de seguridad del distrito judicial de Pamplona. (Oficio que he anexado al final de esta acción de tutela páginas 31 a 33 junto con el ofrecimiento de vacantes que me fue realizado por parte del ICBF páginas 34, 35 y 36)

<sup>3</sup> Artículo 43 de la Constitución Política de Colombia

3. Específicamente para lo anterior: - Se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil que se oferten los empleos del cargo denominado **Profesional Especializado**, Código **2028**, Grado **17**, o con los empleos equivalentes o cargos equivalentes o incluso del mismo empleo a los de la OPEC 42407, (Definición de empleo equivalente que está en el decreto 1083 de 2015), para que yo pueda optar por una de ellas, y autorizar el uso de la lista de elegibles y debidamente notificado este acto y en firme, lo remita a el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF- y se ordene al ICBF que, con la autorización de la CNSC, proceda a efectuar mi nombramiento en una de las OPEC ´s declaradas desiertas o que hayan quedado vacantes, o empleos cubiertos en provisionalidad, o por encargo, y teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 1 del Decreto 498 de 2020.

4. Se tomen las determinaciones que el señor Juez considere conducentes para la efectividad de la protección de los derechos vulnerados, incluyendo mi nombramiento.

5. Adicionalmente, ruego a su señoría utilizar su poder oficioso para INAPLICAR por inconstitucional el "criterio unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019", emanado de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el 16 de enero de 2020. Debido a las razones que expondré a continuación en mis argumentos.

#### **4. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

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

Hace pocos días la Corte Constitucional estableció una clara línea jurisprudencial en relación con la aplicación de la aplicación en el tiempo de la Ley 1960 de 2019.

En dicha sentencia la corte estableció y donde señalaré con rojo lo relacionado para mi caso:

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

*3.6.1. El 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019, "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones". En ella se alteraron figuras como el encargo, se dispuso la profesionalización del servicio público, se reguló la movilidad horizontal en el servicio público y, en particular, respecto de los concursos de méritos, se hicieron dos cambios a la Ley 909 de 2004. El primero de ellos consistió en la creación de los concursos de ascenso, para permitir la movilidad a cargos superiores de funcionarios de carrera dentro de la entidad, así, en la referida ley, se establecieron unas reglas puntuales para la procedencia de estos concursos y se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los seis meses siguientes contados a partir de su expedición, debía determinar el procedimiento para que las entidades y organismos reportaran la OPEC, para viabilizar el referido concurso. El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, como se mencionó con anterioridad, con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas "vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad". Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación. Como se aprecia, el cambio incluido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, comporta una variación en las reglas*

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

*3.6.2. Previo a realizar este análisis, es preciso recordar que en otras ocasiones el legislador ha establecido, para casos concretos, que las listas de elegibles deben ser usadas para proveer los cargos convocados, así como aquellas vacantes de grado igual, correspondientes a la misma denominación. Este es el caso de la Ley 201 de 1995 47, que, para el caso de la Defensoría del Pueblo, estableció la aplicabilidad de dicha regla. Esta ley fue demandada en ejercicio de la acción pública de constitucionalidad y en la Sentencia C-319 de 2010 48 se decidió su exequibilidad<sup>49</sup>. Uno de los argumentos que explican la validez de la referida norma es que con ella se logran los principios de la función pública, particularmente los de economía, eficiencia y eficacia, en tanto permite hacer más eficiente el uso del talento humano y de los recursos públicos, ambos escasos para el caso de la Defensoría del Pueblo. Es innegable que la obligación de uso de listas de elegibles vigentes para proveer cargos de igual denominación pero no convocados, en el contexto expuesto, busca garantizar el mérito como criterio exclusivo de acceso a cargos públicos, ya que únicamente se podrá nombrar en las vacantes a las personas que hayan superado todas las etapas de la convocatoria y, además, sean los siguientes en orden de la lista, después de haberse nombrado a las personas que ocuparon los primeros lugares para proveer los cargos ofertados. Adicionalmente, ello permite un uso eficiente de los recursos públicos y del recurso humano, con lo cual se garantiza la plena vigencia los principios que rigen la función administrativa.*

*3.6.3. Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma, por lo que se deberá definir si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley. El primero de estos fenómenos, esto es, la retroactividad, se configura cuando la norma expresamente permite su aplicación a situaciones de hecho ya consolidadas. Por regla general está prohibido que una ley regule situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, en respeto de los principios de seguridad jurídica y buena fe<sup>50</sup>, así como del derecho de propiedad. Por otro lado, el fenómeno de la ultractividad consiste en que una norma sigue produciendo efectos jurídicos después de su derogatoria, es decir “se emplea la regla anterior para la protección de derechos adquiridos y expectativas legítimas de quienes desempeñaron ciertas conductas durante la vigencia de la norma derogada, no obstante existir una nueva que debería regir las situaciones que se configuren durante su período de eficacia por el principio de aplicación inmediata anteriormente expuesto” . Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso subjudice. El último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la retrospectividad, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, “pues sus efectos siguieron vigentes o no*

*encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva”<sup>52</sup>. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas. Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles “se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer”<sup>53</sup>. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen un derecho subjetivo y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004. Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso. Por último, se aclara que en este caso no se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto de los potenciales aspirantes que podrían presentarse a los concursos públicos de méritos para acceder a los cargos que ahora serán provistos con las listas de elegibles vigentes en aplicación de la nueva ley. En efecto, tanto la situación de quienes tienen derechos adquiridos como de quienes aún no han consolidado derecho alguno, están reservadas para las personas que conformaron las listas de elegibles vigentes al momento de expedición de la ley, de manera que el resto de la sociedad está sujeta a los cambios que pueda introducir la ley en cualquier tiempo, por cuanto, en esas personas indeterminadas no existe una situación jurídica consolidada ni en curso.*

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

En síntesis la Corte Constitucional establece en su ratio decidendi que la Ley 1960 de 2019 “para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista,

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

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

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

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

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

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

#### **Sentencia T-340 de 21 de agosto de 2020**

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

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

(...) Continúa la sentencia T-340 ...

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

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

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

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

**Mismo empleo** es diferente de **Empleo Equivalente**

#### **4.2. EL DERECHO ADQUIRIDO A SER NOMBRADA EN UN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA**

Se consolidó para mí el derecho a ser nombrada porque mientras la lista de elegibles estaba vigente regía el decreto 498 de 2020, y la Ley 1960 de 2019, el decreto 498 de 2020 “Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública” es muy claro (señalaré con azul):

*“Parágrafo 1°. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.”*

Obsérvese, el decreto 498 es muy claro, al definir la forma en que se tienen que proveer vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, como es el caso mío, y este

decreto entra en perfecta consonancia con la Ley 1960 de 2019, donde el artículo 4 estableció(que resaltaré):

*ARTÍCULO 6°. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "Artículo 31. El Proceso de Selección comprende: 1. ( ... ) 2. ( ... ) 3. ( .. . ) 4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.*

*Debo entonces especificar que una Ley (la 1960 de 2019) y un decreto (498 de 2020) estaban vigentes durante la vigencia de mi lista de elegibles porque ambos eran de aplicación retrospectiva (léase bien: retrospectiva) y no retroactiva, siendo de aplicación retrospectiva para mí ninguna autoridad administrativa puede negarme el derecho a ser nombrada en un cargo equivalente o también del mismo empleo.*

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

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

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

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

"La noción de derecho adquirido se contrapone a la de mera expectativa..... Por derecho adquirido ha entendido la doctrina y la jurisprudencia aquél derecho que ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que hace parte de él, y que por lo mismo, no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente.

Lo anterior conduce a afirmar que el derecho adquirido es la ventaja o el beneficio cuya conservación o integridad, está garantizada, en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción.

Ajusta mejor con la técnica denominar 'situación jurídica concreta o subjetiva', al derecho adquirido o constituido de que trata la Constitución en sus artículos 30 y 202; y 'situación jurídica abstracta u objetiva', a la mera expectativa de derecho. Se está en presencia de la primera cuando el texto legal que la crea ha jugado ya, jurídicamente, su papel en favor o en contra de una persona en el momento en que ha entrado a regir una ley nueva. A la inversa, se está frente a la segunda, cuando el texto legal que ha creado esa situación aún no ha jugado su papel jurídico en favor o en contra de una persona". (sent. diciembre 12 de 1974)

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

"Por derechos adquiridos, ha dicho la Corte, se tienen aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley, y que por lo mismo han creado a favor de sus titulares un cierto derecho que debe ser respetado. Fundamento de la seguridad jurídica y del orden social en las relaciones de los asociados y de estos con el Estado, es que tales situaciones y derechos sean respetados íntegramente mediante la prohibición de que leyes posteriores pretendan regularlos nuevamente. Tal afectación o desconocimiento sólo está permitido constitucionalmente en el caso de que se presente un conflicto entre los intereses generales o sociales y los individuales, porque en este caso, para satisfacer los primeros, los segundos deben pasar a un segundo plano. Se trata de afirmar entonces el imperio del principio de que el bien común es superior al particular y de que, por lo mismo, este debe ceder."

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

"La norma (art. 58 C.N.) se refiere a las situaciones jurídicas consolidadas, no a las que configuran meras expectativas, estas, por no haberse perfeccionado el derecho, están sujetas a las futuras regulaciones que la ley introduzca.

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

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

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

## 5. LA SITUACION ACTUAL POR LA PANDEMIA Y SUS CONSECUENCIA

Cómo es notorio y de público conocimiento la pandemia por el COVID-19 trajo serias consecuencias todos los ciudadanos, es por tal razón que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC expidió resoluciones donde los términos de los concursos fueron suspendidos tal como se evidencia en los siguientes actos administrativos proferidos por la Comisión Nacional del Servicio civil, las cuales se aportan como material probatorio:

- **Resolución N°4970 del 24 de marzo de 2020** “Por la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil adopta medidas transitorias para prevenir y evitar la propagación del Covid-19”, la cual en su artículo primero estableció: “ Suspender los cronogramas y términos de los procesos de selección que adelanta la CNSC, incluidos aquellos atinentes a las reclamaciones, solicitudes de exclusión, expedición de listas y firmeza individual y general de listas, a partir del 24 de marzo y hasta el 13 de abril de 2020.”
- **Resolución N° 5265 del 13 de abril del 2020** “Por la cual se prorroga la Resolución 4970 del 24 de marzo de 2020”, la cual en su artículo primero estableció: “-Prorrogar la Resolución 4970 del 24 de marzo de 2020, entre el 13 y el 26 de abril del mismo año, en atención a lo dispuesto en el Decreto 531 de 2020 en el marco de la emergencia por causa del Coronavirus COVID19”.
- **Resolución N° 5804 del 24 de abril de 2020** “Por la cual se prorroga la Resolución 4970 del 24 de marzo de 2020 y se dictan otras disposiciones” la cual estableció: “ARTÍCULO PRIMERO:- Prorrogar lo dispuesto en las Resoluciones 4970 de 24 de marzo y 5265 del 13 de abril de 2020, hasta las cero horas (00:00 am) del día 11 de mayo de 2020.” , “ARTÍCULO SEGUNDO: - Reanudar las actuaciones administrativas de competencia de la CNSC, no referidas a los procesos de selección a que hace mención el artículo primero de la resolución 4970 de 2020
- **Resolución No 5936 DE 2020** "Por la cual se prorroga el término de aplazamiento de las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas en los procesos de selección, establecido en la Resolución 5804 de 24 de abril de 2020 y se dictan otras disposiciones
- **Resolución 6264 de 2020** “Por la cual se prorrogan las Resoluciones 5804 del 24 de abril y 5936 del 8 de mayo de 2020, expedidas por la CNSC en el marco de la Emergencia Sanitaria por el Covid-19”.
- **Resolución 6451 de 2020** "Por la cual se prorroga el término de aplazamiento de las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas en los procesos de selección, establecido en las Resoluciones 5936 y 6264 de 2020, y se dictan otras disposiciones”.
- **Resolución № 6858 de 26-06-2020** "Por la cual se prorroga la suspensión de términos establecida en la Resolución 6451 de 2020, y se dictan otras disposiciones”.
- **Resolución No 7068 DE 2020** "Por la cual se prorroga la suspensión de términos establecida en la Resolución 6858 de 2020, y se dictan otras disposiciones”.
- **Resolución No 8294 DE 2020** "Por la cual se prorroga la suspensión de términos establecida en la Resolución 7068 del 14 de julio de 2020 y se dictan otras disposiciones”

Por su parte la Rama Judicial también tomó las decisiones correspondientes con la situación y promulgó los Acuerdos **PCSJA20-11517, PCSJA20- 11521, PCSJA20-11556 y PCSJA20-11567**, conforme las previsiones adoptadas en razón de la Declaratoria Emergencia Sanitaria a través de Resolución No. 385 de 2020 y de Estado de Conmoción Económica, Social y Ecológica en todo el Territorio Nacional por medio de Decreto 417 de marzo de 2020 debido a la pandemia del virus SARS – CoV- 2, que causa la enfermedad del COVID-19

Adicional a todo esto en cuanto a la utilización de las listas de elegibles el Consejo de Estado ya se ha pronunciado en su **Sentencia 2019-00730 de 08 de agosto de 2019: Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta** Radicación: 25000-23-42-000-2019-00730-01(AC) estableció que: **en los concursos públicos de empleo, le corresponde a la entidad continuar depurando la lista hasta proveer todas las vacantes ofertadas con las personas que ostentaran mejor derecho. Se precisa que la expiración de la lista no constituye una justificación válida para abstenerse de proveer todas las vacantes ofertadas, cuando el interesado previamente ha solicitado su nombramiento antes del vencimiento de la lista para alguno de los cargos vacantes y además, admitir dicho razonamiento sería desconocer las finalidades de la carrera administrativa**, el rol constitucional del principio al mérito y los esfuerzos económicos y organizacionales en que incurre el estado para que todos los cargos ofertados se provean con las personas merecedoras señaladas en la lista. En efecto, los empleos ofertados mediante el concurso de méritos deben proveerse con base en la lista de elegibles, en estricto orden descendente, hasta agotar todas las vacantes y una vez efectuado el nombramiento del concursante, este debe ser retirado de la lista, salvo que no haya aceptado o no se posesione por razones ajenas a su voluntad. Esto significa que le corresponde a la entidad continuar depurando la lista hasta proveer todas las vacantes ofertadas con las personas que ostentaran mejor derecho, de acuerdo con su posición en la lista, siendo su obligación analizar si persisten elegibles que no pueden aceptar el nombramiento o no se posesionaron por razones ajenas a su voluntad. En consecuencia, al encontrarse que la accionante de manera previa al vencimiento de la lista de elegibles hizo su solicitud para el nombramiento y que la entidad descuidó su deber de depurar la lista hasta proveer todas las vacantes ofertadas, se evidencia una vulneración a los derechos al debido proceso y el

principio del mérito, siendo procedente ordenar a la entidad, que dentro de los quince (15) días contados a partir de la notificación de la providencia, nombre en período de prueba a la accionante en alguno de los cargos ofertados en la convocatoria<sup>4</sup>

En su sentencia menciona el H. Consejo de Estado exactamente lo siguiente:

*“4.3. Así las cosas, la Sala encuentra que la expiración de la lista no constituye una justificación válida para abstenerse de proveer todas las vacantes ofertadas, porque i) la accionante solicitó su nombramiento antes del vencimiento de la lista para alguno de los cargos vacantes y ii) admitir el razonamiento de la entidad accionada sería desconocer las finalidades de la carrera administrativa, el rol constitucional del principio al mérito y los esfuerzos económicos y organizacionales en que incurre el Estado para que todos los cargos ofertados se provean con las personas merecedoras señaladas en la lista.*

*Por consiguiente, no es aceptable el argumento que se funda en la “imposibilidad” de proveer todas las vacantes ofertadas, por el vencimiento de la lista de elegibles. Motivo por el que la Sala procederá a estudiar si la Procuraduría General de la Nación vulneró el debido proceso y el principio al mérito de la accionante, en razón a que insistentemente se ha negado a nombrarla.”*

---

<sup>4</sup> <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=87174>

## 6. LA NO APLICACIÓN DEL DECRETO 498 DE 2020 Y DE LOS ARTICULOS 6 Y 7 DE LA LEY 1960 DE 2019 – Revisar el Anexo A

Antes quiero resaltar que me están vulnerando derechos fundamentales (y de forma reiterativa), ya reclamados en esta acción, y una parte de la vulneración de estos derechos se debe a la no aplicación del decreto 498 de 2020 con efecto retrospectivo, y que aplica precisamente para la Convocatoria 433 de 2016 - ICBF

Para convocatorias anteriores a la firma expedición de la ley, afirmación reiterativa de la CNSC, aplicación de la ley más favorable frente a la ultraactividad aplicada por la CNSC en el segundo criterio inconstitucional

Referente a este punto debo hacer notar que la comisión Nacional del Servicio Civil, con sus criterios Unificados 1 y 2 no se ciñen a la Ley 1960 de 2019 ni tampoco a la sentencia de la H. Corte Constitucional T-340, podemos sintetizar que no se ciñen a la Ley 1960 de 2019 debido básicamente a dos razones:

1. Separa el contenido de lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, en dos conceptos: El del "mismo empleo" y el de "cargos equivalentes" y solo toma el concepto de "mismo empleo" excluyendo la parte de "cargos equivalentes" y no dándoles aplicación, es decir viola el principio de **inescindibilidad** de la Ley e igualmente el de **legalidad**.
2. El criterio expone que solo aplicará para convocatorias que se firmen con posterioridad al 27 de junio de 2019, fecha de expedición de la Ley 1960 de 2019, para mi caso la convocatoria 433 de 2016 ICBF - no aplica *según el criterio* dicha Ley 1960 de 2019, esto contradice abiertamente la sentencia de la Honorable Corte Constitucional T-340 de 21 de agosto de 2020, el decreto 498 de 2020, el propio criterio unificado del 22 de septiembre de 2020 y el acuerdo 13 de enero de 2021

Explico el error de la CNSC en su Criterio Unificado en el **Anexo A** de esta acción de tutela en su parte final.

## **7. CONFUSIÓN TRANSMITIDA EN EL COMUNICADO -CNSC- DEL 16 DE ENERO, ACUERDO 165 DEL 12 DE MARZO DE 2020 DE LA CNSC EVADIRÁ EL CUMPLIMIENTO DE LOS ARTICULOS 6 Y 7 DE LA LEY 1960 DE 2019, Y EL CUMPLIMIENTO DEL DECRETO 498 DE 2020**

Analizado el fenómeno de la retrospectividad y el principio de favorabilidad aplicables en el caso en concreto, analizaré ahora otro aspecto del criterio del día 16 de enero de 2020 la Comisión Nacional del Servicio Civil, donde se afirma en uno de sus apartes:

*“De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera-OPEC- de la respectiva convocatoria y para las 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 identifica el empleo con un número de OPEC”*

Observamos que la CNSC al hacer referencia a la fecha de expedición de la Ley 1960 de 2019 (27 junio de 2019) hace una asociación entre la ley 1960 y el comunicado del 16 de enero de 2020, dándonos a entender que en la Ley 1960 de 2019 se afirma:

*“los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera-OPEC- de la respectiva convocatoria y para las **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 identifica el empleo con un número de OPEC” (negrita fuera de texto)*

Pero en ningún momento la ley 1960 de 2019 afirma lo del anterior párrafo, lo que verdaderamente se afirma en la ley 1960 es:

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

Retomaré algunas definiciones del **Diccionario del español jurídico**:

**Cargo** Gra. Oficio que ejerce un órgano del que es titular una persona en una determinada organización<sup>5</sup>.

**Empleo 1.** Lab. Puesto de trabajo<sup>6</sup>

<sup>5</sup> <https://dej.rae.es/lema/cargo>

<sup>6</sup> <https://dej.rae.es/lema/empleo>

En el ámbito laboral normalmente empleo y cargo se toman como sinónimos<sup>7</sup>.

De tal forma que cuando la Ley 1960 afirma **cargos equivalentes**, podemos tomar el concepto como **empleos equivalentes**, y este concepto está muy claramente definido en el Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015 se establece: “**Artículo 2.2.11.2.3. Empleos equivalentes.** Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias iguales o similares y tenga una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala salarial cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o en el 10% de la asignación salarial cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.”

Si la interpretación mencionada en el concepto CNSC del 16 de enero de 2020 se refiere solo a los “**misimos empleos**” en realidad lo que está es **escindiendo** lo dispuesto en la ley 1960 de 2019 al tomar solo la parte referente a las **vacantes para las cuales se efectuó el concurso** y las vacantes definitivas de **cargos equivalentes** no convocados.

Es decir, el comunicado del 16 de enero de 2020 de la **CNSC**, crea confusión en el lector al asociar la fecha del 27 de junio de 2019, (en la que salió a la luz la ley 1960) con el concepto “**misimos empleos**” concepto que es **de facto** similar a “**vacantes para las cuales se efectuó el concurso**” según el mencionado comunicado CNSC, pero completamente diferente al concepto “**cargos equivalentes**” mencionado en la Ley 1960 de 2019 de donde todos los ciudadanos debemos partir en este tema aquí tratado.

Y si lo que pretendía hacer la CNSC con su comunicado del 16 de enero de 2020 era equiparar “**misimos empleos**” del comunicado de esa fecha con “**empleos equivalentes**” de la ley 1083 de 2015, estaría cometiendo un grave error.

Además, la CNSC ha seguido emitiendo comunicados con diferentes nombres donde claramente expresa que no va aplicar la Ley 1960 de 2019 para convocatorias cuyos acuerdos se hayan firmado con anterioridad a la fecha de promulgación de dicha ley. Como muestra de ello es el ACUERDO N.º 0165 DE 2020, situación que se evidencia en el último párrafo donde se informa lo siguiente: “PARAGRAFO: Para los procesos de selección aprobados con anterioridad a la expedición de este Acuerdo, se aplicaran las disposiciones contenidas en la normatividad vigente al momento de su aprobación.”

Y con este último párrafo de dicho acuerdo evade una parte de la aplicación de la Sentencia del TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA en contra de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, E INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIARR ICBF, en sentencia de segunda Instancia, con número de radicación 76 0001 33 33 021 2019 00234 01, donde se declaró

---

<sup>7</sup> <https://www.xn--sinnimo-n0a.es/busqueda.html?Search%5Bsection%5D=&Search%5Bsection%5D=S&Search%5Bword%5D=cargo&Search%5Bcontained%5D=0>

inconstitucional el Criterio 1 (del 1 de agosto de 2019) relacionado con el artículo 6 de la ley 1960 de 2019 donde dentro de sus consideraciones manifestó:

*"7.4. Tesis de la Sala Mixta de Decisión La Sala considera que las demandadas vulneran los derechos de la actora y de todos los integrantes de la lista de elegibles al no aplicar el artículo 6º e ley 1960 de 2019 so pretexto del "Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019" reglamento que excede la norma de mayor jerarquía desarrollada, al condicionar las listas de elegibles vigentes a la fecha de la convocatoria del concurso, limitante que no establece la ley y que desconoce principios constitucionales como el del mérito para acceder a cargos públicos; en consecuencia, la sentencia será revocada en su lugar para en su lugar, tutelar los derechos fundamentales de la accionante, con efectos intercomunis, respecto de quienes hacen parte de la lista de elegibles de conformidad con lo establecido T-946 de 2011"*

Lo que hace entonces la CNSC es no aplicar de facto el artículo 6 de la ley 1960 debido en un comienzo a que el tribunal del Valle solo le dio efectos intercomunis para los ciudadanos de la lista de elegibles del caso decidido en ese momento, pero se hace evidente con esto que la ley debe aplicarse a todas las personas por el principio de igualdad que es el que finalmente pedimos se aplique todos los que figuramos en las listas de elegibles.

## 8. PRUEBAS Y ANEXOS

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

- 8.1.** En digital se aportan los siguientes documentos (para el oportuno traslado y valoración del Juez Constitucional)
- a. Copia de la Cédula de ciudadanía de la accionante
  - a. Copia del registro civil de mi hijo
  - b. Copia del Acuerdo de la "Proceso de Selección No. 805 de 2018 – Convocatoria Territorial Norte" de 2017
  - c. Ley 1960 del 27 de junio de 2019 que modifica la ley 909 de 2004.
  - d. Criterio Unificado "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019", fechado 16 de enero del año 2020 por del presidente de la CNSC, doctor Fridole Ballén Duque.
  - e. Circular Externa N° 0001 del 21 de febrero del año 2.020, mediante la cual, la Comisión Nacional del Servicio Civil, procede a impartir lineamientos en relación a reporte de nuevas vacantes y utilización de lista de elegibles
  - f. Decreto N° 498 del 30 de marzo del año 2020., por medio del cual el Departamento Administrativo de la Función Pública, modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de la Función Pública.
  - g. Relación y copias digitales de los siguientes fallos de Tutela que su señoría puede solicitar con la rama judicial, y que siendo análogos a los de esta acción constitucional también favorecen la aplicación de los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019
    - Radicado: 76001-33-33-021-2019-00234-01, Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras; Magistrada Ponente: Zoranny Castillo Otálora; proferido el 18 de noviembre de 2019, fallo de segunda instancia
    - Radicado: 15001-33-33-012-2020-00007-01, Tribunal Administrativo de Boyacá, Accionante: Fabián Orlando Orjuela Ramírez; Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz proferido el 12 de marzo de 2020, fallo de segunda instancia
    - Radicado: 11001-33-42-055-2020-00079-00, Tribunal Administrativo De Cundinamarca - Sección Primera - Subsección "A", Accionante: Manuel Fernando Duran Gutiérrez; proferido el 16 de junio de 2020; Magistrado Ponente: Luis Manuel Lasso Lozano; fallo de segunda instancia
    - Radicado: 73001-33-33-005-2020-00058-01, Tribunal Administrativo Del Tolima, Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán; Magistrado Ponente: José Andrés Rojas Villa; proferido el 14 de abril de 2020, fallo de segunda instancia
    - Radicado: 19-001-31-05-002-2020-00072-01, Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Popayán Sala Laboral, Accionante: Ángela Cecilia Astudillo Montenegro; Magistrado Ponente: Leónidas Rodríguez Cortés; proferido el 09 de junio de dos mil veinte (2020), fallo de segunda instancia
    - Radicado: 54-518-31-12-002-2020-00033-01, Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Pamplona Sala Única De Decisión Accionante: Luz Mary Díaz García; Magistrado Ponente: Nelson Omar Meléndez Granados; proferido el 30 de junio de dos mil veinte (2020), fallo de segunda instancia

- Radicado: 15238-31-04-002-2020-00002-01, Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Santa Rosa De Viterbo Accionante: Luis Orlando Buitrago Sánchez; Magistrado Ponente: Eurípides Montoya Sepúlveda; proferido el 25 de junio de dos mil veinte (2020), fallo de segunda instancia
- Radicado: 76147-33-33-001-2020-00065-00, Tribunal Administrativo Del Valle Del Cauca Accionante: Luisa María Flórez Valencia; Magistrado Ponente: Omar Edgar Borja Soto; proferido el 30 de abril de 2020; fallo de segunda instancia
- Radicado: 680013333001-2020-00079-01, Tribunal Administrativo NORTE DE SANTANDER Accionante: MARTHA LUCIA PERICO RICO; Magistrada Ponente: Claudia Patricia Peñuela Arce; proferido el 10 de junio de 2020; fallo de segunda instancia
- Radicado: 52-001-33-33-007-2020-00041, Tribunal Administrativo De Nariño Accionante: ANDRES MAURICIO JARAMILLO VALLEJO; Magistrada Ponente: PAULO LEÓN ESPAÑA PANTOJA; proferido el veinticuatro (24) de junio de dos mil veinte (2020); fallo de segunda instancia.
- Radicación: 11001-03-15-000-2020-01727-00, Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera Subsección A, Accionante: Roberto Salazar Fernández; Sentencia De Tutela De Primera Instancia (Sentencia que apoyó el fallo de Tolima)

## 9. NOTIFICACIONES

- Puedo ser notificada al correo: [mldri544@hotmail.com](mailto:mldri544@hotmail.com), y en mi teléfono 321 290 54 15
- El demandado Instituto Colombiano de Bienestar Familiar — ICBF, Sede Dirección General en Avenida carrera 68 N° 64C-75, en Bogotá D.C- Colombia. PBX (1) 437 76 30.  
Correo para notificaciones judiciales: [notificaciones.judiciales@icbf.gov.co](mailto:notificaciones.judiciales@icbf.gov.co)
- La entidad demandada **Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC)**, en la carrera 16 N° 96-64, piso 7, en Bogotá D.C., Colombia. PBX 57 (1) 3259700 Fax 3259713.  
Correo para notificaciones judiciales: [notificaciones.judiciales@cns.gov.co](mailto:notificaciones.judiciales@cns.gov.co)

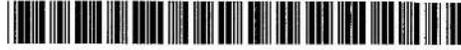
Agradeciendo la atención prestada,

Respetuosamente,

  
MARIA LUZ DIVIA RAMIREZ ISSAZA  
CC. 52.425.088 de Bogotá

**COPIA DEL OFICIO REFERENCIADO EN  
EL PUNTO 2 DE MIS PRETENSIONES**

263



Radicado N°. 20203200771332  
28 - 07 - 2020 04:18:22 Anexos: 1  
Destino: 320 GRUPO DE A - Rem/D: JOHN FERNA GUZMAN UPA  
Consulte el estado de su trámite en nuestra página web <http://www.cnsc.gov.co>  
Código de verificación: f7941

Bogotá, D. c., 28 de Julio de 2020

Señores  
**COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**  
Ciudad

Asunto : CUMPLIMIENTO FALLO JUDICIAL - MARIA LUZ DIVIA RAMIREZ ISSAZA

Cordial saludo,  
Comedidamente se remite solicitud en atención al cumplimiento de fallo judicial presentado por la accionante María Luz Divia Ramírez Issaza

Se adjuntan los siguientes archivos:  
1. Solicitud autorización - Tutela María Luz Divia Ramírez Issaza.pdf sha1sum: a332311b687d43cc74abc3f73c0c7781331b97c9

Tema:- Petición / Listas de Elegibles /

29 JUL 2020  
2:45 pm  
Jorge

Atentamente,

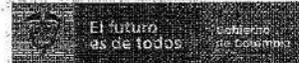
JOHN FERNANDO GUZMAN UPARELA  
C.C. 78739015  
AC 68 64 C 75 BOGOTÁ, D.C.,  
COLOMBIA  
Tel. +4377630  
[john.guzman@icbf.gov.co](mailto:john.guzman@icbf.gov.co)



Verifique su solicitud, escaneando el QR



Instituto Colombiano de Bienestar Familiar  
Cecilia De la Fuente de Lleras  
Dirección de Gestión Humana  
GRUPO DE REGISTRO Y CONTROL  
Clasificado



Al contestar cite este número



Radicado No:  
202012110000210371

Bogotá D.C., 2020-07-28

Señores

**COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**

Dr. JORGE ALIRIO ORTEGA CERÓN

Carrera 16 # 96 – 64 Piso 7

Ciudad.

ASUNTO: Cumplimiento Fallo de Tutela  
Radicado 545183187001- 2020-00062-00  
Accionante: María Luz Divia Ramírez Issaza

Cordial saludo:

De manera atenta me permito solicitarle se sirva adelantar los trámites correspondientes para el uso de listas de elegibles, con el fin de dar cumplimiento al fallo de tutela emitido por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad - Distrito Judicial de Pamplona, donde se ordena:

**SEGUNDO: INAPLICAR** por inconstitucional el criterio unificado "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019" emitido por la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC** el 16 de enero de 2020.

**TERCERO. ORDENAR** al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF**, que dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, reporte las vacantes del cargo Profesional Especializado, Código 2028, Grado 17 al que concursó la señora **MARÍA LUZ DIVIA RAMÍREZ ISSAZA** en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad –SIMO, y solicite ante la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC** el uso de la lista de elegibles de dicho cargo donde la accionante ocupó el segundo lugar, a fin de proveer las vacantes definitivas existentes en la entidad que corresponda al mismo empleo, incluyendo las creadas mediante el Decreto 1479 de 2017 y todas aquellas iguales no provistas –aun– por el sistema de carrera administrativa.



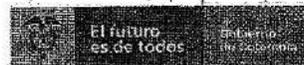
Sede Dirección General  
Avenida carrera 68 No.64c – 75  
PBX: 437 7630

Línea gratuita nacional ICBF  
01 8000 91 8080

264



**Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**  
 Cecilia De la Fuente de Lleras  
**Dirección de Gestión Humana**  
**GRUPO DE REGISTRO Y CONTROL**  
**Clasificado**



Teniendo en cuenta lo ordenado en el fallo de tutela, en la siguiente tabla se relacionan las vacantes definitivas para el empleo Profesional Especializado Código: 2028 Grado: 17 Perfil Trabajo Social con funciones en Centro Zonal (*diferente ubicación geográfica*) y el estado actual de provisión de dichas vacantes definitivas para que ustedes como comisión nos informen el procedimiento a seguir:

OPEC NUEVA EN SIMO	PLANTA REGIONAL ICBF	DEPENDENCIA PLANTA ICBF	MUNICIPIO	CARGO	CODIGO	GRADO	PROFESION	ESTADO PROVISION	OBSERVACIONES
123763	Antioquia	C.Z. Occidente	Santafé de Antioquia	Profesional Especializado	2028	17	Trabajo Social	Encargo	
Criterio Unificado	Bogotá	C.Z. Kennedy	Bogotá	Profesional Especializado	2028	17	Trabajo Social	Vacante	Aplicación Criterio Unificado - OPEC 38888
131496	Boyacá	C.Z. Chiquinquirá	Chiquinquirá	Profesional Especializado	2028	17	Trabajo Social	Vacante	
123762	Magdalena	C.Z. Santa Ana	Santa Ana	Profesional Especializado	2028	17	Trabajo Social	Provisional	
Criterio Unificado	Tolima	C.Z. Jordán	Ibagué	Profesional Especializado	2028	17	Trabajo Social	Provisional	Aplicación Criterio Unificado - OPEC 38883
123764	Valle	C.Z. Sevilla	Sevilla	Profesional Especializado	2028	17	Trabajo Social	Vacante	
123761	Bolívar	C.Z. Mompós	Mompós	Profesional Especializado	2028	17	Trabajo Social	Encargo	
Criterio Unificado	Boyacá	C.Z. Tunja 2	Tunja	Profesional Especializado	2028	17	Trabajo Social	Vacante	Aplicación Criterio Unificado - OPEC 38607

Se debe precisar que una vez revisada la planta del ICBF se evidencia que a la fecha no existen vacantes definitivas que cumplan con los parámetros establecidos en el Criterio Unificado para las vacantes ofertados con la OPEC 42407.

Cordialmente,

**JOHN FERNANDO GUZMÁN UPARELA**  
 Director de Gestión Humana

Revisó: Dora Quijano - Coordinadora GRyC  
 Elaboró: Leydi Guerrero - GRyC

Sede Dirección General  
 Avenida carrera 68 No.64c - 75  
 PBX: 437 7630

Línea gratuita nacional ICBF  
 01 8000 91 8080

**OFRECIMIENTO DE VACANTES POR PARTE DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESAR FAMILIAR – ICBF**



**Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**  
Cecilia De la Fuente de Lleras  
**Dirección de Gestión Humana**  
**GRUPO DE REGISTRO Y CONTROL**  
**Clasificado**



Al contestar cite este número



Radicado No:  
202012110000268671

Bogotá D.C., 2020-09-11

Señora  
**MARIA LUZ DIVIA RAMIREZ ISSAZA**  
[mlri544@hotmail.com](mailto:mlri544@hotmail.com)  
Calle 17 No. 19A-06  
San José Del Guaviare - Guaviare

**ASUNTO:** Ofrecimiento Vacantes Empleo Profesional Especializado 2028-17  
Cumplimiento fallo de Tutela

Cordial saludo:

En atención al fallo proferido por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Distrito Judicial de Pamplona en el cual se ordena registrar las vacantes definitivas para el cargo Profesional Universitario Código 2028 Grado 17 y proceder con los trámites de nombramiento respectivo, comedidamente se informa que:

Mediante Decreto 1479 de 2017 no se crearon vacantes definitivas para el empleo Profesional Especializado Código 2028 Grado 17.

El ICBF en cumplimiento de lo establecido en el Acuerdo 2020191000008736 del 06 de septiembre de 2019, procedió a registrar y reportar la información de cada una de las vacantes definitivas en el aplicativo Sistema de Apoyo para la Igualdad, el mérito y la Oportunidad (SIMO) el 24 de noviembre de 2019, las cuales han sido actualizadas de forma constante.

El día 16 de enero de 2020, la Comisión Nacional del Servicio Civil emitió el criterio unificado "uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019" en el que se dispuso:

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

*De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que*

ICBFCo.ombia

[www.icbf.gov.co](http://www.icbf.gov.co)

@ICBFColombia

@icbfcolombiaoficial

Sede Dirección General  
Avenida carrera 68 No.64c – 75  
PBX: 437 7630

Línea gratuita nacional ICBF  
01 8000 91 8080



Instituto Colombiano de Bienestar Familiar  
Cecilia De la Fuente de Lieras  
Dirección de Gestión Humana  
GRUPO DE REGISTRO Y CONTROL  
Clasificado



integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."

En consideración con lo anterior, para dar cumplimiento de lo allí previsto, el ICBF adelantó unas acciones de carácter administrativo y financiero, entre los que se encontraron:

1. La verificación de los empleos que cumplen con las características definidas en el criterio anterior (igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, y en especial la **ubicación geográfica** de cada uno de estos), pues recordemos que el ICBF se encuentra en el territorio nacional, situación que conllevó a realizar un análisis completo respecto de las diferentes variables que conforman el proceso en comparación con el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales que está vigente al momento del Uso de Listas de Elegibles.
2. Se validaron las 1196 listas de elegibles conformadas dentro de la Convocatoria 433 de 2016, para identificar a cuáles empleos se aplicaban los parámetros establecidos en dicho Criterio Unificado.
3. Como resultado de lo anterior, se evidenció que para la OPEC No. 42407 ofertada dentro de la Convocatoria 433 de 2016, para la cual usted participó y hace parte de la lista de elegibles, **NO** existió la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC, en razón a que la vacante de la OPEC 42407 contenida en la Resolución 20182230073495 de 2018 ya fue provista con la servidora en periodo de prueba que hacía parte de dicha lista de elegibles previa autorización de la CNSC, la cual ya cuenta con defechos de carrera administrativa.

Dando cumplimiento a lo ordenado por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Popayán, mediante oficio radicado 20203200771332 del 28 de julio de 2020, el ICBF solicitó adelantar los trámites correspondientes para el uso de listas de elegibles, sobre las vacantes definitivas para el empleo Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 Perfil Trabajo Social con funciones en Centro Zonal (**diferente ubicación geográfica**), existentes en la entidad, las cuales a la fecha son cinco (5) vacantes en las siguientes ubicaciones:

OPEC NUEVA EN SIMO	PLANTA REGIONAL ICBF	DEPENDENCIA PLANTA ICBF	MUNICIPIO	CARGO	CODIGO	GRADO	PROFESION	ESTADO PROVISION
123763	ANTIOQUIA	C.Z. OCCIDENTE	SANTAFÉ DE ANTIOQUIA	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	TRABAJO SOCIAL	ENCARGO
131456	BOYACÁ	C.Z. CHIQUINQUIRÁ	CHIQUINQUIRÁ	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	TRABAJO SOCIAL	VACANTE
123762	MAGDALENA	C.Z. SANTA ANA	SANTA ANA	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	TRABAJO SOCIAL	PROVISIONAL

ICBF Colombia

www.icbf.gov.co

@ICBFColombia

@icbfcolombiaoficial

Sede Dirección General  
Avenida carrera 68 No.64c - 75  
PBX: 437 7630

Línea gratuita nacional ICBF  
01 8000 91 8080



**Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**  
Cecilia De la Fuente de Lleras  
Dirección de Gestión Humana  
**GRUPO DE REGISTRO Y CONTROL**  
Clasificado

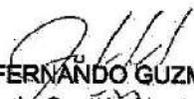


OPEC NUEVA EN SIMO	PLANTA REGIONAL ICBF	DEPENDENCIA PLANTA ICBF	MUNICIPIO	CARGO	CODIGO	GRADO	PROFESION	ESTADO PROVISION
123784	VALLE	C.Z. SEVILLA	SEVILLA	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	TRABAJO SOCIAL	VACANTE
123781	BOLIVAR	C.Z. MOMPÓS	MOMPÓS	PROFESIONAL ESPECIALIZADO	2028	17	TRABAJO SOCIAL	ENCARGO

Teniendo en cuenta lo solicitado por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC mediante oficio 20201020606281 de 2020, radicado en el ICBF el 11 de septiembre de 2020, es necesario que a más tardar el 14 de septiembre de 2020 manifieste cual es la OPEC con la determinada ubicación de su preferencia, esto con el fin de continuar con los trámites administrativos correspondientes para que la CNSC proceda a emitir la respectiva autorización de uso de listas.

Es preciso señalar que, si la anterior solicitud no es atendida dentro del término señalado, la entidad informará de esta situación al despacho judicial.

Cordialmente,

  
**JOHN FERNANDO GUZMÁN UPARELA**  
Director de Gestión Humana

Revisó: Dora Quijano – Coordinadora GRyC  
Elaboró: Leydi Guerrero – GRyC

# Anexo A – Análisis de los errores cometidos con el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020

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

## “CRITERIO ADOPTADO

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

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

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

(...)

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

Transcripción del criterio:

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

**Ponente:** Comisionado Fridole Bailén Duque.

**Fecha de sesión:** 16 de enero de 2020.

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

## MARCO JURÍDICO

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

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

## PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

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

## RESPUESTA AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO:

El artículo 6 de la Ley 1960 de 2019<sup>1</sup>, modificó el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, previendo lo siguiente:

(...)

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

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

*"Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones"*

**2** *"Por la cual se imparten lineamientos frente a la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, en relación con la vigencia de la ley-procesos de selección, informe de las vacantes definitivas y encargos"*

*(Este recuadro no está en el texto original del criterio de la comisión, pero es colocado aquí para indicar las notas al pie de página que el texto original posee)*

## Anexo A – Análisis de los errores cometidos con el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020

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

Conforme con las etapas definidas en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y el precedente jurisprudencial, los procesos de selección existen jurídicamente desde el momento en que son aprobados por la Sala Plena de la CNSC, como consecuencia del agotamiento de la etapa previa de planeación y coordinación interinstitucional.

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

Con fundamento en lo antes citado, los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019 se regirán por el artículo 29 de la Ley 909 de 2004 vigente antes de su modificación. (...)"

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

"[...]

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

En virtud de los apartes jurisprudenciales en cita y teniendo en cuenta que el concurso está integrado por diferentes actos administrativos iniciando con el de convocatoria al proceso de selección y culminando con el de evaluación del período de prueba, se concluye que las convocatorias para 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.

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.

### **RESPUESTA AL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO:**

El enfoque dado por la Ley 1960 de 2019, para los procesos de selección, implica que éstos deberán ser estructurados considerando el posible uso que pueda hacerse de las listas de elegibles para empleos equivalentes, con el objeto de lograr que ellos sean equiparables desde el proceso de selección.

Por tanto, el nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas por la CNSC en el marco de los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos" o vacantes en cargos de empleos equivalentes.

Se deja sin efecto el Criterio Unificado de fecha 1 de agosto de 2019, "Listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019", junto con su Aclaración.

El presente Criterio Unificado fue aprobado en sesión El presente Criterio Unificado fue aprobado en sesión de Sala Plena de la CNSC celebrada el día 16 de enero de 2020.

Firma manuscrita y sello de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC). El sello contiene el texto "COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL" y "INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR".

**Anexo A – Análisis de los errores cometidos con el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020**

Número de Orden	Texto Original	Análisis
<p style="font-size: 48px; color: blue; text-align: center;">1</p>	<p><i>La Sala Plena de la CNSC, en sesión del 16 de enero de 2020, aprobó el Criterio Unificado USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019.</i></p> <p><b>MARCO JURÍDICO</b></p> <p><i>El uso de Listas de Elegibles se encuentra regulado por las siguientes disposiciones legales y reglamentarias:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Ley 909 de 2004</li> <li>- Decretos 1083 de 2015 y 648 de 2017</li> <li>- Ley 1960 de 2019</li> </ul> <p><b>PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS</b></p> <p>1. <i>¿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?</i></p> <p>2. <i>¿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?</i></p> <p><b>RESPUESTA AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO:</b></p> <p><i>El artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, modificó el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, previendo lo siguiente:</i></p> <p><i>“(…)</i></p> <p><i>”4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. <b><u>Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.</u></b> (Subrayado fuera del texto)</i></p>	<p>Lo planteado en esta sección hace referencia al marco jurídico ya bien conocido por todos, lo más importante es que aquí se plantean dos problemas jurídicos, relacionados con el régimen aplicar según la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, en la RESPUESTA AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: ya se menciona la inclusión del numeral 4 dentro del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, todo esto completamente cierto y no es cuestionado</p> <p>El segundo (2) problema jurídico planteado por la CNSC no lo analizaré porque no aplica para el caso en concreto, debido a que se refiere a las convocatorias con procesos convocados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019</p>

Número de Orden	Texto Original	Análisis
<p style="font-size: 48px; color: blue; text-align: center;">1</p>	<p>La CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-, a través de la Circular Conjunta No. 20191000000117 de 29 de julio de 2019<sup>2</sup>, numeral 6°, impartieron instrucciones sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019 a partir de su entrada en vigencia y en relación con los procesos de selección a los que aplica, así:</p> <p style="padding-left: 40px;">“(…) El artículo 7° de la Ley 1960 de 2019, prevé: “(…) la presente ley rige a partir de su publicación (…)” hecho que acaeció con la publicación realizada en el Diario Oficial No. 50997 del 27 de junio de 2019.</p> <p style="padding-left: 40px;">Conforme con las etapas definidas en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y el precedente jurisprudencial, los procesos de selección existen jurídicamente desde el momento en que son aprobados por la Sala Plena de la CNSC, como consecuencia del agotamiento de la etapa previa de planeación y coordinación interinstitucional.</p> <p style="padding-left: 40px;">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.</p> <p style="padding-left: 40px;">Con fundamento en lo antes citado, los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019 se regirán por el artículo 29 de la Ley 909 de 2004 vigente antes de su modificación.</p> <p style="padding-left: 40px;">(…)”</p>	<p>Desde este punto la CNSC ya comienza a apartarse de la aplicación del principio de retrospectividad de las normas, tema bien tratado por la Corte Constitucional: en su sentencia T-110/11:</p> <p><b><i>El fenómeno de la retrospectividad de las normas de derecho se presenta, como ya se anticipó, cuando las mismas se aplican a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición. Este instrumento ha sido concebido por la jurisprudencia nacional como un límite a la retroactividad, asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y a la superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del valor justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en nuestra sociedad. De las sentencias estudiadas se extrae, en conclusión, que (i) por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; (ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; (iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica y; (iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en cuanto el propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados” (en negrita por fuera del original)</i></b></p>
		<p style="background-color: #fff9c4; padding: 10px;"><b>La jurisprudencia es muy clara en relación con la aplicación del fenómeno de la retrospectividad – Y la sentencia de la corte constitucional T-340 de 21 de agosto de 2020 lo explica perfectamente bien para Ley 1960 de 2019</b></p>

Número de Orden	Texto Original	Análisis
<p style="font-size: 48px; color: blue; text-align: center;">2</p>	<p><i>(El mismo Texto del anterior párrafo, del punto 2)</i></p> <div style="border: 1px solid black; background-color: #fff9c4; padding: 5px; margin: 10px auto; width: fit-content;">                     El tema de las “meras expectativas” lo trata muy bien la sentencia T-340 de 21/08/2020                 </div>	<p>Continuación del análisis del punto 2, podemos recordar la Sentencia C147-97:</p> <p><i>Las “<b>meras expectativas</b>”, se reducen a la simple posibilidad de alcanzar un derecho y que, por lo mismo, no son más que una intención o una esperanza de obtener un resultado jurídico concreto. <b>Por lo tanto, la ley nueva si puede regular ciertas situaciones o hechos jurídicos que aun cuando han acaecido o se originaron bajo la vigencia de una ley no tuvieron la virtud de obtener su consolidación de manera definitiva, como un derecho, bajo la ley antigua. No obstante, las expectativas pueden ser objeto de alguna consideración protectora por el legislador, con el fin de evitar que los cambios de legislación generen situaciones desiguales e inequitativas o de promover o de asegurar beneficios sociales para ciertos sectores de la población o, en fin, para perseguir cualquier otro objetivo de interés público o social. Es así como la ley nueva puede tomar en cuenta hechos o situaciones sucedidos en vigencia de la ley antigua para efectos de que con arreglo a las disposiciones de aquella puedan configurarse o consolidarse ciertos derechos (efecto retrospectivo).</b> (negritas por fuera del texto original)</i></p>

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

Número de Orden	Texto Original	Análisis
<p style="font-size: 48px; color: blue; text-align: center;">3</p>	<p>Lo anterior, en concordancia con el Principio de Ultra actividad de la Ley, mismo que en la doctrina de la Corte Constitucional, Sentencia C-763 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería, fue enunciado en los términos que a continuación se exponen: “[...]”</p> <p>Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación “Tempus regit actus, que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultra actividad de las normas, que son derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc. [...]”</p>	<p>(Continuación...)</p> <p>“Y el segundo, tuitivo del debido proceso en tanto “(...) nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...); advirtiendo que “(...) en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.” En el mismo sentido los artículos 338 y 363 superiores destacan por su rechazo a la retroactividad de la ley. (Subrayado por fuera del texto original)”</p> <p>He subrayado lo anterior porque aquí se evidencia la aplicación del principio de favorabilidad como una excepción, continua la misma sentencia C-763 de 2002<sup>1</sup>, en su parte considerativa:</p> <p>(...) “La fórmula general que emana del artículo 58 de la Constitución para solucionar los anteriores conflictos, como se dijo, es la irretroactividad de la ley, pues ella garantiza que se respeten los derechos legítimamente adquiridos bajo la ley anterior, sin perjuicio de que se afecten las meras expectativas de derecho. <b>No obstante, la misma Carta fundamental en el mencionado artículo, autoriza expresamente la retroactividad de las leyes penales benignas al reo, o de aquellas que comprometen el interés público o social.</b> Ahora bien, cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua”. (Subrayado y negritas por fuera del texto original) (...)</p> <p>Por lo anteriormente citado y resaltado, podemos interpretar de forma clara que la carta fundamental autoriza expresamente la retroactividad de las leyes penales benignas al reo o de aquellas que comprometen el interés público o social. <u>Y que la ley entra en vigencia cuando se trata de situaciones jurídicas en curso</u>, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley.</p> <p>Y en cuanto a las leyes de procedimientos explica más la Sentencia C-763:</p> <p>(...) “<b>Dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata.</b> En efecto, todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. <b>Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme.</b>”</p> <p>Y todo esto, desde luego, siempre que se respete el principio de favorabilidad penal. (...)</p>

<sup>1</sup> <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-763-02.htm>

Número de Orden	Texto Original	Análisis
<p>(Continuación...)</p> <p style="font-size: 48pt; color: blue; text-align: center;">4</p>	<p>(El mismo texto del anterior párrafo del punto 5)</p>	<p>Es necesario recordar también que La CNSC Y SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA al ser autoridades administrativas en el ejercicio de sus funciones y para la adopción de sus decisiones, deben acatar el <u>precedente judicial dictado por la corte constitucional</u>,</p> <p><b>7.2.1</b> <i>En esta oportunidad, la Corte reitera nuevamente el mandato superior de sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y por ende al precedente judicial de las Altas Cortes, en desarrollo del Estado Social y Constitucional de Derecho –art.1 CP-; los fines esenciales del Estado–art.2-; la jerarquía superior de la Constitución –art.4-; la sujeción de las autoridades públicas a la Constitución -artículos 6º, 121 y 123 CP-; el debido proceso y principio de legalidad –art. 29 CP; el derecho a la igualdad –art. 13 CP-; la buena fe de las autoridades públicas –art. 83 CP-; los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; la fuerza vinculante del precedente judicial -artículo 230 superior-; y la fuerza vinculante de las decisiones de constitucionalidad -artículo 241 de la Carta Política-.</i></p> <p><b>7.2.2</b> <i>En desarrollo de estos preceptos constitucionales, la Sala reitera igualmente, las reglas jurisprudenciales expuestas en detalle en la parte motiva y considerativa de esta sentencia, que han sido fijadas y desarrolladas en múltiples pronunciamientos de esta Corporación, entre las más importantes las siguientes:</i></p> <p><i>(i) todas las autoridades públicas administrativas se encuentran sometidas al imperio de la Constitución y la ley, por expreso mandato constitucional, lo cual implica el necesario acatamiento del precedente judicial emanado de las Altas Cortes;</i></p> <p><i>(ii) el entendimiento del imperio de la ley, a la que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales, debe entenderse como referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales;</i></p> <p><i>(iii) todas las autoridades administrativas se encuentran obligadas a interpretar y aplicar las normas a los casos concretos de conformidad con la Constitución y la ley;</i></p> <p><i>(iv) todas las autoridades administrativas deben aplicar las normas legales en acatamiento del precedente judicial de las Altas Cortes o fundamentos jurídicos aplicados en casos análogos o similares, aplicación que en todo caso debe realizarse en consonancia con la Constitución, norma de normas, y punto de partida de toda aplicación de enunciados jurídicos a casos concretos;</i></p> <p><i>(v) el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta (a) en el respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa – art. 29, 121 y 122 Superiores-; (b) en el hecho que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la ley es fijado válida y legítimamente por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (c) en que las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (d) en que el desconocimiento del precedente y con ello del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos</i></p>

Número de Orden	Texto Original	Análisis
<p>(Continuación...)</p> <p style="font-size: 48px; color: blue; text-align: center;">5</p>	<p>(El mismo texto del anterior párrafo del punto 5)</p>	<p>(art. 6 y 90 C.P.); y (e) en que las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley –art. 13 C.P.; (vi) si existe por tanto una interpretación judicial vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto similar o análogo dicha interpretación; ya que para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia, válido para los jueces;</p> <p>(vii) aún en aquellos asuntos o materias que eventualmente no hayan sido interpretados y definidos previamente por la jurisprudencia, o respecto de los cuales existan criterios jurisprudenciales disímiles, las autoridades administrativas no gozan de un margen de apreciación absoluto, por cuanto se encuentran obligados a interpretar y aplicar las normas al caso en concreto de manera acorde y ajustada a la Constitución y a la ley, y ello de conformidad con el precedente judicial existente de las altas Cortes;</p> <p>(viii) en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde, prioritariamente, al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia;</p> <p>(ix) en caso de existencia de diversos criterios jurisprudenciales sobre una misma materia, corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas, evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales aplicables para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, y optar por la decisión que, de mejor manera interprete el imperio de la Constitución y de la ley, para el caso concreto;</p> <p>(x) los fallos de la Corte Constitucional tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, en su parte resolutive (erga omnes en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e inter partes para los fallos de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la ratio decidendi tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas;</p> <p>(xi) el desconocimiento del precedente judicial de las Altas Cortes por parte de las autoridades administrativas, especialmente de la jurisprudencia constitucional, implica la afectación de derechos fundamentales, y por tanto una vulneración directa de la Constitución o de la ley, de manera que puede dar lugar a (i) responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria por parte de las autoridades administrativas, (ii) la interposición de acciones judiciales, entre ellas de la acción de tutela contra actuaciones administrativas o providencias judiciales.</p> <p>Con fundamento en todo lo anterior, la Sala ratifica la obligación de todas las entidades públicas y autoridades administrativas de aplicar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes, tanto en la jurisdicción ordinaria por la Corte Suprema de Justicia, como en la jurisdicción contenciosa administrativa por el Consejo de Estado, y en la jurisdicción constitucional por la Corte Constitucional, a partir de las normas constitucionales y reglas jurisprudenciales que fueron analizadas en detalle en la parte considerativa de esta sentencia y que se sistematizan en este apartado.”</p>

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

**Con la no aplicación del artículo 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, la Gobernación de Santander y la CNSC están vulnerando mis derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de Colombia y la jurisprudencia establecida por la corte constitucional en su sentencia T-340 de 21/08/2020**

<sup>2</sup> Sentencia C-539-11

Número de Orden	Texto Original	Análisis
<p>(Continuación...)</p> <p style="font-size: 48px; color: blue; text-align: center;">5</p>	<p><i>Lo anterior, en concordancia con el Principio de Ultra actividad de la Ley, mismo que en la doctrina de la Corte Constitucional, Sentencia C-763 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería, fue enunciado en los términos que a continuación se exponen:</i></p> <p><i>[...]</i></p> <p><i>Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación "Tempus regit actus, que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultra actividad de las normas, que son derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc. [...]"</i></p> <p><i>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 proveervacantes definitivas de empleos de carrera, iniciadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, deberán agotar el procedimiento conforme a las reglas previamente establecidas en la convocatoria y en las normas que le sirvieron de sustento, con el fin de garantizar seguridad jurídica a las entidades y a los aspirantes.</i></p> <p><i>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.</i></p> <p><i>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 <b>mismos empleos</b>; entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC</i></p> <div style="border: 1px solid blue; padding: 5px; margin-top: 10px;"> <p>El artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 dice: <b>“Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad”</b>, es decir los cargos equivalentes a pesar de aparecer con posterioridad deben cubrirse con las listas de elegibles, a pesar que la Ley 1960 de 2019 se haya expedido posteriormente a la convocatoria de la que hablamos en esta acción de tutela, cuando mi lista de elegibles estaba vigente se me consolidó el derecho a ser nombrada por la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019 y del decreto 498 de 2020</p> </div>	<p>El problema que tiene esta parte del CRITERIO UNIFICADO del 16 de enero de 2020 es que está en abierta contradicción de la sentencia de la Honorable Corte Constitucional T-340 (21/08/2020) pues la sentencia lo estableció muy claramente en su ratio decidendi, la aplicación de la Ley 1960 de 2019 es con efecto retrospectivo y no ultractivo, y que esto aplica para las personas que ocuparon segundos lugares, no puede olvidarse que el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, incluye <b>mismos empleos</b> y <b>empleos equivalentes</b></p>

### **4.3. Sobre la procedibilidad de la presente acción de tutela**

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

#### **4.3.1. Sobre la legitimación por activa.**

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

#### **4.3.2. Sobre la Legitimación por pasiva.**

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

*".... la Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que **la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional.** En segundo lugar, procede la tutela cuando, **por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción.***

*Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional ... ". (negrillas propias)*

---

<sup>1</sup> Corte constitucional. Sala Tercera de Revisión. Fallo de mayo 11 de 1992, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo

---

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

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

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

*"... en un sin número de ocasiones esta colegiatura ha sostenido **que procede la tutela para enervar los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos.***

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

*"... la **doctrina constitucional** ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados. **al Juez de Tutela ASUME competencia plena y directa**, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, al considerar que el recurso de amparo **puede "desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto"**, en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos.*

*Considera la **Sala**, que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva y oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso. en la medida que su trámite llevaría extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata.*

*Por tal razón la jurisprudencia ha expresado que, para excluir a la tutela en esos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que **no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previo en el ordenamiento legal que no garantice la***

---

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

---

***supremacía de la Constitución en el caso particular.***

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

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

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

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

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

---

<sup>3</sup> M.P. Margarita Cabello Blanco.

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

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

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

<sup>4</sup> Ver también Corte Constitucional. Sentencia T-180 de 16 de abril de 2015.

<sup>5</sup> Ambas proferidas por el M.P. Ariel Salazar Ramírez.

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

Y esta situación permite concluir que, según la jurisprudencia constitucional, la **acción de tutela** es un **instrumento judicial eficaz e idóneo al que puede acudir una persona que necesite controvertir asuntos relacionados con la provisión de cargos de carrera administrativa de conformidad con los resultados recogidos en las Listas de Elegibles** publicadas con razón de concursos de mérito, y lo es porque esta acción de amparo constitucional no solo tiene como objetivo la garantía de los derechos a la igualdad, Mérito o Debido Proceso, **sino porque exige, en añadidura, la debida aplicación del artículo 125<sup>6</sup> de la Constitución Política y su desarrollo normativo.**

Por lo tanto, la vía para garantizar la defensa de mis derechos fundamentales vulnerados a la igualdad, el interés superior de los niños, al mérito y al debido proceso, así mismo, coma a los principales de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica, y evitar el perjuicio irremediable anotado y desarrollado con precedencia en el presente caso, es la Acción de Tutela ya que, de acudir a las acciones contencioso-administrativas, se estaría imposibilitando el logro de la protección de los derechos fundamentales en términos de celeridad, eficiencia, eficacia y economía.

---

<sup>6</sup> Constitución de 1991, Artículo 125: " ... Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en las mismas; se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos) calidades de los aspirantes, El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En Ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera. su. ascenso o remoción. PARAGRAFO. Los periodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del periodo para el cual este fue elegido ... "

---

**ANEXO – C - FALLOS DE SEGUNDA INSTANCIA A FAVOR DE LA APLICACIÓN RETROSPECTIVA DE LA LEY 1960 DE 2019, CON INAPLICACIÓN TÁCITA O EXPLÍCITA DEL CRITERIO UNIFICADO CNSC EXPEDIDO EL 16 DE ENERO DE 2020**

1. **Radicado:** 76001-33-33-021-2019-00234-01, **Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca**, Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras; **Magistrada Ponente:** Zoranny Castillo Otálora; proferido el 18 de noviembre de 2019, fallo de segunda instancia: Accionadas: **CNSC - ICBF**
2. **Radicado:** 15001-33-33-012-2020-00007-01, **Tribunal Administrativo de Boyacá**, Accionante: Fabián Orlando Orjuela Ramírez; **Magistrada Ponente:** Clara Elisa Cifuentes Ortiz proferido el 12 de marzo de 2020, fallo de segunda instancia: Accionadas: **CNSC - ICBF**
3. **Radicado:** 11001-33-42-055-2020-00079-00, **Tribunal Administrativo De Cundinamarca - Sección Primera - Subsección "A"**, Accionante: Manuel Fernando Duran Gutiérrez; proferido el 16 de junio de 2020; **Magistrado Ponente:** Luis Manuel Lasso Lozano; fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC - ICBF**
4. **Radicado:** 17174310400120200000901, **Tribunal Superior - Penal – Manizales**, Accionante: Eleonora Maya Ospina; **Magistrado Ponente:** Antonio María Toro Ruiz proferido el 17 de abril de 2020, fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC - ICBF**
5. **Radicado:** 73001-33-33-005-2020-00058-01, **Tribunal Administrativo Del Tolima**, Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán; **Magistrado Ponente:** José Andrés Rojas Villa; proferido el 14 de abril de 2020, fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC - ICBF**
6. **Radicado:** 19-001-31-05-002-2020-00072-01, **Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Popayán Sala Laboral**, Accionante: Ángela Cecilia Astudillo Montenegro; **Magistrado Ponente:** Leónidas Rodríguez Cortés; proferido el 09 de junio de dos mil veinte (2020), fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC - ICBF**
7. **Radicado:** 54-518-31-12-002-2020-00033-01, **Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Pamplona Sala Única De Decisión** Accionante: Luz Mary Díaz García; **Magistrado Ponente:** Nelson Omar Meléndez Granados; proferido el 30 de junio de dos mil veinte (2020), fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC - ICBF**
8. **Radicado:** 15238-31-04-002-2020-00002-01, **Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Santa Rosa De Viterbo** Accionante: Luis Orlando Buitrago Sánchez; **Magistrado Ponente:** Eurípides Montoya Sepúlveda; proferido el 25 de junio de dos mil veinte (2020), fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC - ICBF**
9. **Radicado:** 76147-33-33-001-2020-00065-00, **Tribunal Administrativo Del Valle Del Cauca** Accionante: Luisa María Flórez Valencia; **Magistrado Ponente:** Omar Edgar Borja Soto; proferido el 30 de abril de 2020; fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC - ICBF**
10. **Radicado:** 680013333001-2020-00079-01, **Tribunal Administrativo De Santander** Accionante: MARTHA LUCIA PERICO RICO; **Magistrada Ponente:** Claudia Patricia Peñuela Arce; proferido el 10 de junio de 2020; fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC - ICBF**
11. **Radicado:** 52-001-33-33-007-2020-00041, **Tribunal Administrativo De Nariño** Accionante: ANDRES MAURICIO JARAMILLO VALLEJO; **Magistrada Ponente:** PAULO LEÓN ESPAÑA PANTOJA; proferido el veinticuatro (24) de junio de dos mil veinte (2020); fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC - ICBF**

**ANEXO – C - FALLOS DE SEGUNDA INSTANCIA A FAVOR DE LA APLICACIÓN RETROSPECTIVA DE LA LEY 1960 DE 2019, CON INAPLICACIÓN TÁCITA O EXPLÍCITA DEL CRITERIO UNIFICADO CNSC EXPEDIDO EL 16 DE ENERO DE 2020**

12. **Radicado:** 23-001-31-05-001-2020-00028-00, **Tribunal Superior De Montería**, Accionante: Oscar Eduardo Sánchez Rodríguez; proferido el junio 1º de 2020; **Magistrado Ponente:** Cruz Antonio Yáñez Arrieta; Fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC - ICBF**
13. **Radicado:** 760013105 006 2020 00149 02, Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Cali Sala Cuarta De Decisión Laboral, Accionante: Carmenza Mesa Muñoz; **Magistrada Ponente:** Mónica Teresa Hidalgo Oviedo; proferido el junio 23 de 2020; Fallo de segunda instancia
14. **Radicado:** 680013333011-2020-00070-00, **Tribunal administrativo de Santander**, Accionante: Ángela Patricia Caicedo Lara; **Magistrado Ponente:** Rafael Gutiérrez Solano; proferido el mayo 19 de 2020; Fallo de segunda instancia
15. **Radicado:** 76001333300720200006000, Tribunal Contencioso Administrativo Risaralda Juliana Muñoz Jiménez; Fallo de segunda instancia
16. **Radicado:** 76834310300120200005201, **Tribunal Superior - Civil - Familia - Buga**, Accionante: Alejandra García Serna; **Magistrado Ponente:** María Patricia Balanta Medina; proferido el junio 6 de 2020; Fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC - ICBF**
17. **Radicado:** 19001-3185-002-2020-00024-00, **Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Popayán**, Accionante: Olga Lucia Chavarria Arboleda **Magistrada Ponente:** María Consuelo Córdoba Muñoz; proferido el junio 23 de 2020; Fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC - ICBF**
18. **Radicado:** 54001333300220200009800, **Tribunal Superior Administrativo Cúcuta**, Accionante: Jesús Armando Osorio; proferido el julio 30 de 2020; Fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC - ICBF**
19. **Radicado:** 19001311000220200011001, **Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Popayán Sala Civil Familia**, Accionante: Eliud Velasco Gómez; Magistrado Ponente: Manuel Antonio Burbano Goyes; proferido el 6 de agosto de 2020; Fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC - ICBF**
20. **Radicado:** 11001334205520200013001, **Tribunal Administrativo De Cundinamarca - Sección Primera - Subsección "A"**, Accionante: Luz Helena Arévalo Rodríguez; proferido el 4 de septiembre de 2020; **Magistrado Ponente:** Alfonso Sarmiento Castro; fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC - ICBF**
21. **Radicado:** 05001 33 33 031 2020 00152 01 acumulado con el proceso 05001 33 33 031 2020 00054 01; **Tribunal Administrativo De Antioquia Sala Quinta – Mixta** accionantes: Gustavo Adolfo Pineda y Wilson Bastos Delgado, sentencia proferida el quince (15) de septiembre de dos mil veinte (2020), fallo de segunda instancia ; Accionadas: **CNSC - SENA**
22. **Radicado:** 05001 33 33 031 2020 00152 01 Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Pamplona Sala Única De Decisión Accionante: **Martha Cecilia Luque Villareal**; Magistrado Ponente: Nelson Omar Meléndez Granados; proferido el 18 de septiembre dos mil veinte (2020), fallo de segunda instancia; Accionadas: **CNSC - ICBF**

**ANEXO – C - FALLOS DE SEGUNDA INSTANCIA A FAVOR DE LA APLICACIÓN RETROSPECTIVA DE LA LEY 1960 DE 2019, CON INAPLICACIÓN TÁCITA O EXPLÍCITA DEL CRITERIO UNIFICADO CNSC EXPEDIDO EL 16 DE ENERO DE 2020**

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

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

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

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

27. **Radicado:** 680013333007-2020-00114-01; Tribunal Administrativo De Santander; Accionante: **Estefanía López Espinosa**; Magistrada Ponente: Solange Blanco Villamizar; proferido el Fecha: trece (13) de Octubre de dos mil veinte (2020), fallo de segunda instancia. ; Accionadas: **CNSC - SENA**

28. **Radicado:** 68001310500220200020401; Tribunal Superior De Bucaramanga Secretaría De La Sala Laboral; Accionante: **Wilson Sierra Pabón**; Magistrada ponente: Susana Ayala Colmenares; proferida el veintitrés (23) de septiembre de dos mil veinte (2020); fallo de segunda instancia

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

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

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

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

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

**ANEXO – C - FALLOS DE SEGUNDA INSTANCIA A FAVOR DE LA APLICACIÓN RETROSPECTIVA DE LA LEY 1960 DE 2019, CON INAPLICACIÓN TÁCITA O EXPLÍCITA DEL CRITERIO UNIFICADO CNSC EXPEDIDO EL 16 DE ENERO DE 2020**

34. **Radicado:** 110013336031-2020-00224-01; Tribunal Administrativo De Cundinamarca Sección Segunda - Subsección E; Accionante: **Nancy Yamile Rodríguez Suárez**; Magistrada Ponente: **Patricia Victoria Manjarrés Bravo**; proferido en Bogotá D.C., Fecha: primero (1) de diciembre de dos mil veinte (2020)
35. **Radicado:** 17653310400120200003201; Tribunal Superior del Manizales - Sala de Decisión Penal; Accionante: **Héctor Alberto Arango Hernández**; Magistrado Ponente: **Antonio María Toro Ruiz**; proferido en Manizales, Fecha: primero (26) de octubre de dos mil veinte (2020)
36. **Radicado** 05001310902720200004502 Despacho 000 - Tribunal Superior - Penal - Medellín, Accionante: **Diana Patricia Gómez Madrigal**; Magistrado Ponente: **Santiago Apraez Villota**; proferido en Medellín Fecha: 24 de Julio de 2020:
37. **Radicado** 25286-31-03-001-2020-00423-01 Despacho 000 - Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Cundinamarca - Sala Civil - FAMILIA, Accionante: **Yuly Andrea Figueroa Rondón**; Magistrado Ponente: **Pablo Ignacio Villate Monroy**; proferido en Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil veinte (2020)
38. **Radicado** 680813333013-2020-00213-01 - Tribunal Administrativo De Santander, Accionante: **Carmen Alicia Zambrano Navarro**; Magistrado Ponente: **Julio Edisson Ramos Salazar**; proferido en Bucaramanga, once (11) de diciembre del dos mil veinte (2020)
39. **Radicado** 11001-31-09-018-2020-00143, Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá Sala Penal, Accionante: **Henry Franco Londoño**; Magistrado Ponente: **Leonel Rogeles Moreno**; proferido en Bogotá, D.C., Once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).
40. **Radicado** 110013109056202000146 01 [5.050], Tribunal Superior De Bogotá Sala Penal, Accionante: **David Londoño González**; Magistrado Ponente: **David Londoño González**; proferido en Bogotá, D.C., diciembre cuatro (04) de dos mil veinte (2020).
41. **Radicado** 110013103 014 2020 00285 01, Tribunal Superior De Bogotá Sala Civil de Decisión Especializada en Restitución de Tierras, Accionante: **Damaris Gómez Díaz**; Magistrado Ponente: **Jorge Eliécer Moya Vargas**; proferido en Bogotá, D.C., veintiuno (21) de enero de dos mil veintiuno (2021)
42. **Radicado** 05001-31-09-007-2020-00097, Tribunal Superior De Bogotá Sala Civil de Decisión Especializada en Restitución de Tierras, Accionante: **Liliana María Londoño Marín**; Magistrado Ponente: **Miguel Humberto Jaime Contreras**; proferido en Medellín, primero de febrero de dos mil veintiuno



**COMPLEMENTACIÓN AL CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" del 16 de enero de 2020**

La CNSC, en sesión de Sala Plena del 6 de agosto de 2020, aprobó complementar el concepto de **"mismo empleo"**, definido en el Criterio Unificado *"USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019"*, incluyendo *"mismos requisitos de estudio y experiencia exigidos para el empleo ofertado"*.

Por tanto, el inciso primero de la página 3, del referido Criterio Unificado, quedará así:

*"De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva Convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos"; entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."*

Bogotá, D.C. 6 de agosto de 2020

  
**FRÍDOLES BALEN DUQUE**  
Presidente

**CRITERIO UNIFICADO  
“USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27  
DE JUNIO DE 2019”**

**Ponente:** Comisionado Fridole Ballén Duque.

**Fecha de sesión:** 16 de enero de 2020.

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

**MARCO JURÍDICO**

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

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

**PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS**

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

**RESPUESTA AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO:**

El artículo 6 de la Ley 1960 de 2019<sup>1</sup>, modificó el numeral 4º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, previendo lo siguiente:

“(…)

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

La CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-, a través de la Circular Conjunta No. 20191000000117 de 29 de julio de 2019<sup>2</sup>, numeral 6º, impartieron instrucciones sobre

<sup>1</sup> “Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”

<sup>2</sup> “Por la cual se imparten lineamientos frente a la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, en relación con la vigencia de la ley-procesos de selección, informa de las vacantes definitivas y encargos”

la aplicación de Ley 1960 de 2019 a partir de su entrada en vigencia y en relación con los procesos de selección a los que aplica, así:

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

*Conforme con las etapas definidas en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y el precedente jurisprudencial, los procesos de selección existen jurídicamente desde el momento en que son aprobados por la Sala Plena de la CNSC, como consecuencia del agotamiento de la etapa previa de planeación y coordinación interinstitucional.*

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

*Con fundamento en lo antes citado, los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019 se regirán por el artículo 29 de la Ley 909 de 2004 vigente antes de su modificación. (...)"*

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

*"[...]"*

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

En virtud de los apartes jurisprudenciales en cita y teniendo en cuenta que el concurso está integrado por diferentes actos administrativos iniciando con el de convocatoria al proceso de selección y culminando con el de evaluación del período de prueba, se concluye que las convocatorias para 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.

De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los **“mismos empleos”**; entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.

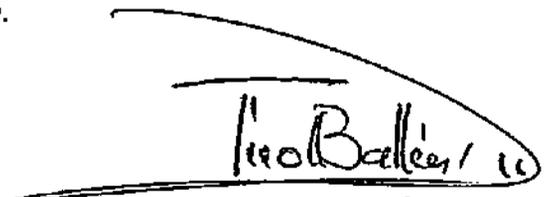
#### RESPUESTA AL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO:

El enfoque dado por la Ley 1960 de 2019, para los procesos de selección, implica que éstos deberán ser estructurados considerando el posible uso que pueda hacerse de las listas de elegibles para empleos equivalentes, con el objeto de lograr que ellos sean equiparables desde el proceso de selección.

Por tanto, el nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas por la CNSC en el marco de los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes de los **“mismos empleos”** o vacantes en cargos de empleos equivalentes.

Se deja sin efecto el Criterio Unificado de fecha 1 de agosto de 2019, *“Listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019”*, junto con su Aclaración.

El presente Criterio Unificado fue aprobado en sesión de Sala Plena de la CNSC celebrada el día 16 de enero de 2020.

  
**FRIDOLE BALLÉN DUQUE**  
Presidente

Presentado por: Comisionado Fridole Ballén Duque

## **CRITERIO UNIFICADO “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES”**

**Fecha de sesión:** 22 de septiembre de 2020.

La Sala Plena de la CNSC, en sesión del 22 de septiembre de 2020, aprobó el Criterio Unificado USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES.

### **I. MARCO JURÍDICO**

- Ley 909 de 2004
- Ley 1960 de 2019
- Decreto 815 de 2018

Sobre el particular, es pertinente transcribir lo contemplado en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, que determina:

*“ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:*

*1. (...)*

*2 (...)*

*3 (...)*

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

### **II. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO**

¿Cómo determinar si un empleo es equivalente a otro para efectos del uso de listas de elegibles en la misma entidad?

### **III. RESPUESTA**

En cumplimiento del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, las listas de elegibles producto de un proceso de selección se usarán para proveer vacantes definitivas de los “mismos empleos” o “empleos equivalentes”, en los casos previstos en la Ley<sup>1</sup>

Para efecto del uso de listas se define a continuación los conceptos de “mismo empleo” y “empleo equivalente”:

- **MISMO EMPLEO.**

Se entenderá por “mismos empleos”, los empleos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y

---

<sup>1</sup> Vacantes generadas por modificación de planta, o por las causales del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes<sup>2</sup>; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.

- **EMPLEO EQUIVALENTE.**

Se entenderá por empleos equivalentes aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan grado salarial igual, posean el mismo requisito de experiencia, sean iguales o similares en cuanto al propósito principal o funciones, requisitos de estudios y competencias comportamentales y mismo grupo de referencia<sup>3</sup> de los empleos de las listas de elegibles.

Para analizar si un empleo es equivalente a otro, se deberá:

**PRIMERO:** Revisar las listas de elegibles vigentes en la entidad para determinar si existen empleos del mismo nivel jerárquico y grado del empleo a proveer.

**NOTA:** Para el análisis de empleo de nivel asistencial se podrán tener en cuenta empleos de diferente denominación que correspondan a la nomenclatura general de empleos, con el mismo grado del empleo a proveer. Por ejemplo, el empleo con denominación Secretario Código 4178 Grado 14 y el empleo con denominación Auxiliar Administrativo Código 4044 Grado 14.

**SEGUNDO:** Identificar qué empleos de las listas de elegibles poseen los **mismos o similares** requisitos de estudios del empleo a proveer.

Para el análisis, según corresponda, se deberá verificar:

- a. Que la formación exigida de educación primaria, secundaria o media (en cualquier modalidad) en la ficha del empleo de la lista de elegibles corresponda a la contemplada en la ficha del empleo a proveer.
- b. Que para los cursos exigidos en la ficha del empleo de la lista de elegibles la temática o el área de desempeño sea igual o similar a la contemplada en la ficha del empleo a proveer y la intensidad horaria sea igual o superior.
- c. Que la disciplina o disciplinas exigidas en la ficha del empleo de la lista de elegibles estén contempladas en la ficha del empleo a proveer.
- d. Que el NBC o los NBC de la ficha del empleo de la lista de elegibles este contemplado en la ficha del empleo a proveer.
- e. Que la disciplina o disciplinas de la ficha del empleo de la lista de elegibles pertenezca al NBC o los NBC de la ficha del empleo a proveer.

**NOTA:** Cuando el requisito de estudios incluya título de pregrado o aprobación de años de educación superior, según corresponda, se deberá seleccionar las listas de elegibles con empleos cuyos requisitos de estudios contienen **al menos** una disciplina o núcleo básico del conocimiento de los requisitos de estudio del empleo a proveer.

**TERCERO:** Verificar si los empleos de las listas de elegibles anteriormente seleccionados poseen los mismos requisitos de experiencia del empleo a proveer, en términos de tipo y tiempo de experiencia.

---

<sup>2</sup> Mismo Grupo de Aspirantes: Grupo de aspirantes a quienes se les evalúa las mismas competencias (mismo cuadernillo); y a quienes se les califica con los mismos parámetros estadísticos y el mismo ponderado (mismo sistema de calificación).

<sup>3</sup> Mismo Grupo de Referencia o Normativo: Grupo al que se aplica el mismo cuadernillo y se califica agrupado. Por lo tanto, es un agregado estadístico que será empleado para obtener la calificación estandarizada (usualmente basada en el cálculo de la media y desviación típica).

En caso de que los requisitos del empleo incluyan equivalencias entre estudios y experiencia, el estudio se podrá efectuar sobre la equivalencia aplicada establecida en el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales.

**CUARTO:** Con los empleos seleccionados anteriormente, se deberá identificar los elementos que determinan la razón de ser de cada uno de los empleos, el **propósito principal** y las **funciones esenciales**, esto es las que se relacionan directamente con el propósito.

Una vez seleccionados los elementos anteriormente descritos, se deberá revisar que la acción de al menos una (1) de las funciones o del propósito principal del empleo de la lista de elegibles contemple la misma acción de alguna de las funciones o del propósito del empleo a proveer.

Entendiéndose por “acción” la que comprende el verbo y el aspecto o aspectos sobre el que recae este, sin que esto implique exigir experiencia específica, la cual se encuentra proscrita en el ordenamiento jurídico colombiano. Por ejemplo, las funciones “proyectar actos administrativos en temas de demandas laborales” y “proyectar actos administrativos en carrera administrativa” contemplan la misma “acción” que es **proyectar actos administrativos** y por lo tanto, los dos empleos poseen funciones similares.

**QUINTO:** Verificar qué empleos a analizar poseen iguales o similares requisitos en cuanto a competencias comportamentales para lo cual se deberá verificar que al menos una (1) competencia comportamental común del empleo de la lista de elegibles coincida con alguna de las competencias comunes del empleo a proveer y que al menos una (1) competencia comportamental por nivel jerárquico del empleo de la lista de elegibles coincida con alguna de las competencias por nivel jerárquico del empleo a proveer.

Los empleos que hayan sido identificados como equivalentes en la planeación de los Procesos de Selección, se tratarán como un mismo grupo de referencia o grupo normativo.

El presente Criterio Unificado fue aprobado en sesión de Sala Plena de la CNSC celebrada el día 22 de septiembre de 2020.



**FRÍDOLE BALLEEN DUQUE**  
Presidente



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA	
SECRETARÍA JURÍDICA	
Revisó	FL.
Aprobó	C.M.G.

## DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

DECRETO NÚMERO 493 DE 2020

( 30 MAR 2020 )

Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública

## EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades constitucionales y legales y en especial las que le confieren el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo del Decreto ley 2400 de 1968 y la Ley 909 de 2004, y

## CONSIDERANDO:

Que en el marco del fortalecimiento del diálogo social, el 24 de mayo de 2019 se firmó entre el Gobierno Nacional y las organizaciones sindicales CUT, CGT, CTC, CNT, UTC, CSPC, CTU USCTRAB y la federación UNETE el Acuerdo de la Negociación Colectiva como resultado de la negociación del pliego de solicitudes presentado por las citadas centrales de conformidad con las disposiciones contenidas en el Capítulo 4 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.

Que en el Acuerdo Colectivo se pactó expedir decretos reglamentarios que desarrollen las siguientes materias: *i)* la protección especial para los empleados que se encuentren en situación de especial protección constitucional, *ii)* los requisitos para el desempeño de los cargos que se deben acreditar para participar en los procesos de selección cuando estos han variado, *iii)* regular la participación de los empleados de la entidad independientemente de su forma de vinculación en relación con la elección de los representantes de los empleados de carrera en la comisión de personal, *iv)* la participación de las organizaciones sindicales en los temas que afecten sus condiciones laborales y, *v)* las comisiones de servicios para que los líderes sindicales puedan participar en foros, congresos y cursos al interior o exterior en materias relacionadas con su actividad.

Que el presente decreto se expide para dar cumplimiento a los puntos 5, 11, 12, 17, 23 y 31 del Acuerdo Colectivo suscrito en el año 2019 entre el gobierno nacional y las organizaciones sindicales citadas en el primer considerando.

Que en mérito de lo expuesto,

## DECRETA:

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

Continuación del decreto "Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública".

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

1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.
2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

**Parágrafo 1°.** Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

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

**Parágrafo 2°.** Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.
2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.

Continuación del decreto "Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública".

**Parágrafo 3.** Cuando la lista de elegibles esté conformada por un número igual o superior al número de empleos a proveer, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible los servidores que se encuentren en las condiciones señaladas en el parágrafo anterior sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo.

**Parágrafo 4.** La administración antes de ofertar los empleos a la Comisión Nacional del Servicio Civil, deberá identificar los empleos que están ocupados por personas en condición de prepensionados para dar aplicación a lo señalado en el parágrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019."

**Artículo 2.** Adicionar el artículo 2.2.2.4.11 al Capítulo 4 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública el cual quedará así:

**"Artículo 2.2.2.4.11 Requisitos ya acreditados de los niveles asistencial y técnico.** A los servidores públicos del nivel asistencial y técnico que hayan sido vinculados con anterioridad a la expedición de los Decretos 770 y 785 de 2005 que participen en procesos de selección, se les exigirán como requisitos para el cargo al que concursan, los mismos que se encontraban vigentes al momento de su vinculación, esto siempre que dichos servidores concursen para el mismo empleo en que fueron vinculados. La entidad deberá hacer la precisión en el momento de reportar los cargos en la Oferta Pública de Empleos de Carrera-OPEC que administra la Comisión Nacional del Servicio Civil entidad que viabilizará su participación."

**Artículo 3.** Modificar el artículo 2.2.14.1.1 del Capítulo 1 del Título 14 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública el cual quedará así:

**"Artículo 2.2.14.1.1 Conformación de la Comisión de Personal.** En todos los organismos y entidades regulados por la Ley 909 de 2004 deberá existir una Comisión de Personal conformada por dos (2) representantes del organismo o entidad, designados por el nominador o por quien haga sus veces y dos (2) representantes de los empleados quienes deben ser de carrera administrativa.

Los dos representantes que para el efecto designe el jefe del organismo o entidad serán empleados públicos de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa.

Los dos representantes de los empleados serán elegidos por votación directa de los empleados públicos del organismo o entidad y cada uno tendrá un suplente que deberá acreditar los mismos requisitos y condiciones del titular. En las votaciones que se adelanten para la elección de los representantes de la Comisión de Personal, podrán participar todos los servidores que ocupen empleos de carrera administrativa independientemente de su forma de vinculación y los empleados vinculados en empleos que conforman las plantas temporales.

Continuación del decreto "Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública".

En igual forma se integrarán Comisiones de Personal en cada una de las dependencias regionales o seccionales de los organismos o entidades.

**Parágrafo.** Las Comisiones de Personal establecerán su reglamento de funcionamiento."

**Artículo 4.** Modificar el artículo 2.2.2.6.1 del capítulo 6, del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública, el cual quedará así:

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

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

Corresponde a la unidad de personal, o a la que haga sus veces, en cada organismo o entidad, adelantar los estudios para la elaboración, actualización, modificación o adición del manual de funciones y de competencias laborales y velar por el cumplimiento de las disposiciones aquí previstas.

**Parágrafo 1°.** La certificación de las funciones y competencias asignadas a un determinado empleo debe ser expedida únicamente por el jefe del organismo, por el jefe de personal o por quien tenga delegada esta competencia.

**Parágrafo 2°.** El Departamento Administrativo de la Función Pública brindará la asesoría técnica necesaria y señalará las pautas e instrucciones de carácter general para la adopción, adición, modificación o actualización de los manuales específicos.

Igualmente, este Departamento Administrativo adelantará una revisión selectiva de los manuales específicos de funciones y de competencias laborales de los organismos y las entidades de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, para verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo. Las entidades deberán atender las observaciones que se efectúen al respecto y suministrar la información que se les solicite.

**Parágrafo 3°.** La administración antes de publicar el acto administrativo que adopta o modifica el manual de funciones y competencias y su estudio técnico, en aplicación del numeral 8 del artículo 8° de la Ley 1437 de 2011, deberá adelantar un proceso de consulta en todas sus etapas con las organizaciones sindicales presentes en la respectiva entidad, en el cual se dará conocer el alcance de la modificación o actualización, escuchando sus observaciones e inquietudes, de lo cual se dejará constancia. Lo anterior sin perjuicio de la facultad de la administración para la adopción y expedición del respectivo acto administrativo."

**Artículo 5.** Modificar el artículo 2.2.12.1 del Título 12 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública, el cual quedará así:

Continuación del decreto "Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública".

**"Artículo 2.2.12.1 Reformas de las plantas de empleos.** Las reformas de las plantas de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y contar con estudios técnicos de análisis de cargas de trabajo e impacto en la modernización que así lo demuestren.

Las solicitudes para la modificación de las plantas de empleos, además de lo anterior, deberán contener: i) costos comparativos de la planta vigente y la propuesta, ii) efectos sobre la adquisición de bienes y servicios de la entidad, iii) concepto del Departamento Nacional de Planeación si se afecta el presupuesto de inversión y, iv) los demás que la Dirección General de Presupuesto Público Nacional considere pertinentes.

**Parágrafo 1.** Toda modificación a las plantas de empleos y de las estructuras de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional deberán contar con el concepto técnico favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública.

**Parágrafo 2.** La administración antes de la expedición del acto administrativo que adopta o modifica las plantas de empleos y de las estructuras de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional y su justificación, deberá adelantar un proceso de consulta en todas sus etapas con las organizaciones sindicales presentes en la respectiva entidad, en el cual se dará a conocer el alcance de las modificaciones o actualizaciones, escuchando sus observaciones e inquietudes, de lo cual se dejará constancia. Lo anterior sin perjuicio de la facultad de la administración para la adopción y expedición del respectivo acto administrativo."

**Artículo 6.** Modificar el artículo 2.2.5.5.25 del Capítulo 5 del Título 5 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública el cual quedará así:

**"Artículo 2.2.5.5.25. Comisiones de servicios.** La comisión de servicios se puede conferir al interior o al exterior del país, no constituye forma de provisión de empleos, se otorga para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, cumplir misiones especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que presta sus servicios el empleado.

Esta comisión hace parte de los deberes de todo empleado, por tanto, no puede rehusarse a su cumplimiento.

**Parágrafo.** Se podrá otorgar comisión de servicios a los líderes sindicales debidamente acreditados por las organizaciones sindicales firmantes del Acuerdo Colectivo de contenido general, para que puedan participar en foros, congresos, cursos al interior o al exterior en materias relacionadas con su actividad, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales de cada entidad."

Continuación del decreto "Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública".

**Artículo 7°. Vigencia.** El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición, y modifica y adiciona en lo pertinente el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector Función Pública.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE 30 MAR 2020

Dado en Bogotá D. C.,



EL MINISTRO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO,



ALBERTO CARRASQUILLA BARRERA

EL DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO  
ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PÚBLICA,



FERNANDO GRILLO RUBIANO



# Ley 1960 de 2019

Los datos publicados tienen propósitos exclusivamente informativos. El Departamento Administrativo de la Función Pública no se hace responsable de la vigencia de la presente norma. Nos encontramos en un proceso permanente de actualización de los contenidos.

## LEY 1960 DE 2019

(Junio 27)

Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA

ARTÍCULO 1. El artículo 24 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

ARTÍCULO 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

PARÁGRAFO 1. Lo dispuesto en este artículo se aplicara para los encargos que sean otorgados con posteridad a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 2. Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nombramiento o en quien este haya delegado, informara la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique.

ARTÍCULO 2. 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 (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 continuaran en el concurso abierto de ingresos sin requerir una nueva inscripción.

PARÁGRAFO. La Comisión Nacional del Servicio Civil determinará, en el término máximo de seis (6) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, el procedimiento para que las entidades y organismos reporten la Oferta Publica de Empleos, con el fin de viabilizar el concurso de ascenso regulado en el presente artículo.

ARTÍCULO 3. El literal g) del artículo 6 del Decreto-Ley 1567 de 1998 quedará así:

“g) Profesionalización del servicio Público. Los servidores públicos independientemente de su tipo de vinculación con el Estado, podrán acceder a los programas de capacitación y de bienestar que adelante la Entidad, atendiendo a las necesidades y al presupuesto asignado. En todo caso, si el presupuesto es insuficiente se dará prioridad a los empleados con derechos de carrera administrativa.”

ARTÍCULO 4. El Gobierno Nacional desarrollará mecanismos de movilidad horizontal, que en ningún caso implicara cambio de empleo, con el propósito de evaluar de manera progresiva el mérito y garantizar la capacitación permanente de los servidores públicos, aspectos esenciales para su desarrollo, el mejoramiento para la calidad de los servicios prestados en las entidades públicas y la eficacia en el cumplimiento de sus funciones.

La movilidad deberá basarse en criterios de mérito, medido a través de pruebas de competencia, aplicadas por el Departamento Administrativo de la Función Publica, la permanencia en el servicio, la evaluación del desempeño, la capacitación y la formación adquiridas.

Para el desarrollo de las modalidades de movilidad horizontal se deberán tener en cuenta el marco de gasto de mediano plazo y las disponibilidades presupuestales.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional contará con un plazo máximo de dieciocho (18) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, para establecer los lineamientos de la movilidad horizontal.

ARTÍCULO 5. Las normas previstas en la presente Ley relacionadas con los procesos de selección se aplicarán a los servidores que se rigen en materia de carrera por el sistema general y los sistemas específicos y especiales de origen legal.

ARTÍCULO 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

“ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:

1. (...)
- 2 (...)
- 3 (...)

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

ARTÍCULO 7. La presente Ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.

EL PRESIDENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

ERNESTO MACIAS TOVAR

EL SECRETARIO GENERAL DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

GREGORIO ELJACH PACHECO

EL PRESIDENTE DE LA HONORABLE CAMARA DE REPRESENTANTES

ALEJANDRO CARLOS CHACON CAMARGO

EL SECRETARIO GENERAL DE LA HONORABLE CAMARA DE REPRESENTANTES

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO

REPUBLICA DE COLOMBIA - GOBIERNO NACIONAL

PUBLIQUESE Y CUMPLASE

Dado en Bogotá, D.C., a los 27 días del mes de junio de 2019

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

FDO. IVAN DUQUE

EL DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

FERNANDO ANTONIO GRILLO RUBIANO

---

Fecha y hora de creación: 2020-02-19 02:47:58



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

**CONSEJERA PONENTE: MARÍA ADRIANA MARÍN**

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

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

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

## I. ANTECEDENTES

### 1. Demanda

#### 1.1. Pretensiones

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

*Primera: Se ampare mi derecho fundamental al debido proceso (art. 29 constitucional), al acceso a la administración de justicia (art. 229 constitucional) y el principio de confianza legítima ligado al a buena fe del operador judicial.*

*Segundo: Que, en concordancia con lo anterior se deje sin efectos el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, de fecha 14 de abril de 2020 y su aclaración de fecha 21 de abril de 2020, dentro de la acción de tutela No 73001-33-33-005-2020-00058-01.*

#### 1.2. Hechos

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

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

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

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

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

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

### **1.3. Argumentos de la tutela**

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

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

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

## **2. Trámite impartido e intervenciones**

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

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

*PRIMERA: Se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cancelar el reporte de la OPEC 34795, en el aplicativo Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad (SIMO).*

*SEGUNDA: Se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la suspensión del uso de la lista de elegibles conformada mediante resolución 20182230073855 del 18 de julio de 2018 de la CNSC con número OPEC 34795, hasta tanto el juez de tutela se pronuncie y se agote todo el procedimiento estatuido en el Decreto 2591 de 1991 en materia de Acción Constitucional, es decir, hasta que se surta la eventual revisión por parte de la Corte Constitucional, y a fin de evitar un perjuicio irremediable del accionante y a su núcleo familiar, solicitamos la suspensión antes referida (...). Lo anterior conforme lo estipula el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991.*

(...)

*TERCERA: Se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la suspensión del uso de las listas de elegibles conformadas a nivel nacional en virtud de la convocatoria 433, realizando movimientos de personal con incidencia en el asunto que se debate, hasta tanto el juez de tutela se pronuncie y se agote todo el procedimiento estatuido en el Decreto 2591 de 1991 en materia de Acción Constitucional, es decir, hasta que se surta la eventual revisión por parte de la Corte Constitucional, y a fin de evitar un perjuicio irremediable del accionante y a su núcleo familiar, solicitamos la suspensión antes referida.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Constitucional para su procedencia.

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

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

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

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

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

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

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

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

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. Cuestión previa**

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

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

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

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

## **2. La acción de tutela contra providencias judiciales**

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **3. Problema jurídico**

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

#### **3.1. Procedencia excepcional de la tutela contra tutela**

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

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

---

<sup>2</sup> Ver, entre otras, las sentencias SU-917 de 2010 y SU-573 de 2017.

4.6.2. Si la acción de tutela se dirige contra la sentencia de tutela, la regla es la de que no procede.

4.6.2.1. Esta regla no admite ninguna excepción cuando la sentencia ha sido proferida por la Corte Constitucional, sea por su Sala Plena o sea por sus Salas de Revisión de Tutela. En este evento solo procede el incidente de nulidad de dichas sentencias, que debe promoverse ante la Corte Constitucional.

4.6.2.2. Si la sentencia de tutela ha sido proferida por otro juez o tribunal de la República, la acción de tutela puede proceder de manera excepcional, cuando exista fraude y por tanto, se esté ante el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta, siempre y cuando, además de cumplir con los requisitos genéricos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, (i) la acción de tutela presentada no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada; (ii) se demuestre de manera clara y suficiente, que la decisión adoptada en la sentencia de tutela fue producto de una situación de fraude (*Fraus omnia corrumpit*); y (iii) no exista otro medio, ordinario o extraordinario, eficaz para resolver la situación.

4.6.3. Si la acción se (sic) de tutela se dirige contra actuaciones del proceso de tutela diferentes a la sentencia, se debe distinguir si éstas acaecieron con anterioridad o con posterioridad a la sentencia.

4.6.3.1. Si la actuación acaece con anterioridad a la sentencia y consiste en la omisión del juez de cumplir con su deber de informar, notificar o vincular a los terceros que serían afectados por la demanda de tutela, y se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, la acción de tutela sí procede, incluso si la Corte Constitucional no ha seleccionado el asunto para su revisión.

4.6.3.2. Si la actuación acaece con posterioridad a la sentencia y se trata de lograr el cumplimiento de las órdenes impartidas en dicha sentencia, la acción de tutela no procede. Pero si se trata de obtener la protección de un derecho fundamental que habría sido vulnerado en el trámite del incidente de desacato, y se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, la acción de tutela puede proceder de manera excepcional.

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

- a. Contra la sentencia de tutela proferida por un juez, diferente a la Corte Constitucional, siempre y cuando se demuestre que la nueva tutela no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada, que la decisión adoptada fue producto de una situación de fraude, y que no exista otro medio eficaz, ordinario o extraordinario, para resolver la situación.
- b. Contra actuaciones del proceso de tutela anteriores a la sentencia, que pueden consistir, entre otras, en no haber informado, notificado o vinculado a los terceros que serían afectados con la decisión.

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

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

### **3.2. De la relevancia constitucional**

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

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

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

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

---

<sup>3</sup> Expediente número: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ), M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

#### 4. Caso concreto y solución del problema jurídico

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

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

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

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

*Se opusieron a todas y cada una de las pretensiones señalando que los cargos provistos en provisionalidad, no fueron objeto de la convocatoria No. 433 de 2016, y que conforme al principio de vigencia normativa no le es aplicable a la convocatoria en mención la ley 1960 de 2019, dado que la convocatoria es de 2016, la lista quedó en firme el julio de 2018 y la vigencia de la norma se da a partir del año 2019.*

*Expresan que la acción de tutela es improcedente para discutir la controversia planteada por los accionantes como quiera que existe un mecanismo principal para suscitar su controversia ante la jurisdicción contenciosa administrativa, máxime cuando no se logra comprobar un peligro inminente e irremediable causado cuando la accionante Yennifer Ruiz Gaitán, a la fecha ostenta el cargo de Defensora de Familia, código 2125, grado 17 del ICBF regional Tolima.*

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

*La Corte Constitucional en numerosas oportunidades ha sentado jurisprudencia en el sentido de que “las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme”<sup>5</sup>. De igual manera se ha establecido pacíficamente que las bases del concurso se convierten en reglas particulares de obligatorio cumplimiento tanto para los participantes como para la entidad convocante, razón por la cual deben ser respetadas y resultan inmodificables y cambiar las reglas que han generado confianza legítima en quienes participan, conduciría a la ruptura del principio de la buena fe y atentaría contra la igualdad, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad, todos ellos principios que ineludiblemente rigen la actividad administrativa.*

*Por otra parte, es posible que el legislador o la misma entidad convocante, permita hacer uso del registro de elegibles para proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Así lo ha entendido la Corte constitucional en distintos fallos, el primero de ellos fue la sentencia C-319 de 2010, en el marco del estudio de constitucionalidad del artículo 145 de la Ley 201 de 1995, una norma especial que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, creó para la Defensoría del Pueblo, en el que establecía la posibilidad de utilizar la lista de elegibles para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación. En esta oportunidad, la Corte resolvió declarar exequible la norma demanda entendiendo que una interpretación conforme con la Constitución apuntaba a que cuando se tratara de proveer una vacante de grado igual, que tuviera la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador.*

*En esta providencia, la Corte Constitucional, acogió el criterio según el cual, las listas de elegibles, mientras estén vigentes, pueden ser extendidas o utilizadas para proveer empleos adicionales a los originalmente ofertados, siempre y cuando sean iguales a los inicialmente sacados a concurso. Ello porque (i) de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución, la regla general es que los empleos públicos son de carrera y deben ser provistos a través de concursos públicos que permitan comprobar, verificar y medir el mérito; y (ii) en virtud de la aplicación de criterios de razonabilidad, eficiencia y economía en el gasto público, de tal manera que se le dé el mayor uso posible a la lista de elegibles mientras esté vigente.*

*En otra ocasión, la Corte marcó un precedente jurisprudencial mediante la sentencia SU-446 de 2011, en la cual adopta una posición claramente distinta al estudiar la utilización de las listas de elegibles en el sistema de carrera de la Fiscalía General de la Nación, producto de las múltiples tutelas que se habían interpuesto por la utilización de las listas que se generaron con los concursos realizados en el año 2007 por dicha entidad. En esta providencia sostuvo que “el registro de elegibles debe ser utilizado únicamente para llenar exclusivamente las vacantes señaladas en la respectiva convocatoria” (...) “teniendo en cuenta que las pautas o reglas de los concursos públicos para el acceso a la carrera son inmodificables y que a la Administración no le es dado hacer ninguna variación de ellas porque se lesionarían los derechos y principios propios del Estado Social de Derecho que nos rige”.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*“...la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva.*

*En este sentido, ha sido unánimemente aceptado por la jurisprudencia de todas las Altas Cortes que si bien en principio las normas jurídicas solo tienen aplicabilidad a situaciones que tuvieron lugar con posterioridad a su vigencia, ello no presenta impedimento alguno para que, en los casos en los que la situación jurídica no se ha consolidado o sus efectos siguen surtiéndose, una nueva norma pueda entrar a regular y a modificar situaciones surtidas con anterioridad a su vigencia.”*

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

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

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

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

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

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

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

## **FALLA**

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

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

*Radicación: 11001-03-15-000-2020-01727-00  
Demandante: Roberto Salazar Fernández  
Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima*

*Referencia: Sentencia de tutela de primera instancia*

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

**CUARTO.** Se deja constancia de que esta providencia se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el siguiente enlace:

<http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.

### **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

**MARÍA ADRIANA MARÍN**

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Tercera de Revisión

### Sentencia T-340 de 2020

**Referencia:** Expediente T-7.650.952

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

**Magistrado Ponente:**  
Luis Guillermo Guerrero Pérez

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

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

### SENTENCIA

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

#### I. ANTECEDENTES

##### 1.1. Hechos relevantes

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>1</sup> La convocatoria se realizó a través del Acuerdo No. 20161000001376 de 2016.

<sup>2</sup> Folio 23 del cuaderno principal.

lo que *“el uso de las listas de elegibles solo es aplicable respecto de la convocatoria en la que se hizo la oferta de empleo.”*<sup>3</sup>

En adición, explicó que el parágrafo 1 del artículo 1 del Decreto 1894 de 2012, que establece las reglas para la provisión definitiva de empleos de carrera, dispone que: *“Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.”* De ahí que, reiteró, la lista solo es aplicable para proveer las vacantes específicamente ofertadas.

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

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

## **1.2. Solicitud de amparo constitucional**

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

---

<sup>3</sup> Folio 25 del cuaderno principal.

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

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

### **1.3. Trámite procesal**

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

### **1.4. Contestación de las entidades accionadas y de personas vinculadas**

#### **1.4.1. Comisión Nacional del Servicio Civil**

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

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

---

<sup>4</sup> En el expediente no obra prueba de dichas comunicaciones.

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

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

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

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

#### **1.4.2. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**

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

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

---

<sup>5</sup> Folio 50 del cuaderno principal.

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

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

### **1.4.3. Yaneth Benítez Vásquez**

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

## **1.5. Pruebas relevantes aportadas al proceso**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN**

### **2.1. Primera instancia**

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

### **2.2. Impugnación**

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

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

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

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

### **2.3. Intervención de la señora Yaneth Benítez Vásquez**

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

### **2.3. Segunda instancia<sup>6</sup>**

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

---

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

Para fundamentar su decisión, el Tribunal encontró que la acción de tutela era procedente, ya que la vigencia de la lista de elegibles es de solo dos años, por lo que los mecanismos judiciales, si bien son idóneos, no son eficaces para proteger sus derechos. Además, explicó que, el parágrafo 1 del artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, modificado por el Decreto 1894 de 2012<sup>7</sup>, al establecer que las listas pueden ser usadas para proveer las vacantes que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, le da el derecho a ser nombrado en la *"vacante adicional que se generó para el empleo identificado con el Código OPEC No. 34782 denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17"*<sup>8</sup>. De esta suerte, concluyó que al accionante le asiste un derecho adquirido a ser nombrado en el cargo para el cual concursó, lo cual hace viable acceder al amparo propuesto.

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

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

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

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

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

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

<sup>7</sup> Decreto 1227 de 2005. *"Artículo 7. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden: (...) Parágrafo 1. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004."*

<sup>8</sup> Folio 130 del cuaderno principal.

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

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

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

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

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

# **III. REVISIÓN POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

## **3.1. Competencia**

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

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

---

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

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

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

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

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

### **3.2. Esquema de resolución**

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

---

<sup>10</sup> Folio 16 del cuaderno de revisión.

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

### 3.3. Examen de procedencia

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

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

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

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

<sup>11</sup> El artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 consagra las hipótesis de procedencia de la acción de tutela contra particulares.

<sup>12</sup> Sobre el particular, en la Sentencia T-1001 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería, se expuso que: “la legitimación en la causa como requisito de procedibilidad exige la presencia de un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos del demandante y la acción u omisión de la autoridad o el particular demandado, vínculo sin el cual la tutela se torna improcedente (...)”.

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

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

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

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

<sup>13</sup> **“Artículo 130.** Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.”

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

<sup>15</sup> Auto 193 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>16</sup> Auto 049 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, reiterado en el Auto 487 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

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

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

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

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

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

<sup>17</sup> Véanse, entre otras, las Sentencias T-336 de 2009, T-436 de 2009, T-785 de 2009, T-799 de 2009, T-130 de 2010 y T-136 de 2010.

<sup>18</sup> Sentencia T-723 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>19</sup> Sobre la introducción al ordenamiento jurídico de estas medidas en la Ley 1437 de 2011, esta Corporación, en Sentencia T- 610 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera, sostuvo que: *“el legislador realizó un esfuerzo importante para que las medidas cautelares se concibieran como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia pretendiendo de esta manera irradiar el escenario administrativo de una perspectiva constitucional. Ello es razonable en la medida en que el carácter proteccionista de la Carta Política debe influir en todo el orden jurídico vigente como reflejo de su supremacía, lo que supone que las demás jurisdicciones aborden los asuntos puestos a su consideración desde una visión más garantista y menos formal del derecho.”*

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

Sobre esta última, en la Sentencia T-059 de 2019<sup>20</sup>, en el marco de un concurso de méritos, la Corte manifestó que:

“Las acciones de tutelas que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, en tanto que existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en el marco de ésta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares. Sin embargo, al juez constitucional le corresponde, establecer si esas medidas de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son ineficaces, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en su conocimiento. (...)”

“Particularmente, cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que (i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley. En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que[,] a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico. (...)”

“Por último, es importante poner de presente que, pese a que se podría sostener que la pretensión de la acción de tutela, se podría satisfacer mediante la solicitud de medidas cautelares, lo cierto es que en el fondo se plantea una tensión que involucra el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales. // Lo anterior, en la medida en que tal y como se estableció en las Sentencias C-645 de 2017, C-588 de 2009, C-553 de 2010, C-249 de 2012 y SU-539 de 2012, el mérito es un principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, en la medida en que tiene un triple fundamento histórico, conceptual y teleológico. En efecto, el principio del mérito se estableció en el ordenamiento jurídico con la finalidad de proscribir las prácticas clientelistas, para garantizar un medio objetivo de acceso, permanencia y retiro del servicio público y, por último, para hacer efectivos otros derechos que encuentran garantía plena a través de éste, al tiempo que se materializan los principios de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución. (...)”<sup>21</sup>.

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

<sup>20</sup> M.P. Alejandro Linares Cantillo.

<sup>21</sup> Énfasis por fuera del texto original.

<sup>22</sup> Sentencia C-284 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.

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

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

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

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

<sup>23</sup> De acuerdo con el artículo 232 de la Ley 1437/11 no se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.

<sup>24</sup> Sentencia T-376 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

<sup>25</sup> M.P. Alejandro Linares Cantillo.

<sup>26</sup> Ver, entre otras, Sentencia T-654 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>27</sup> Énfasis por fuera del texto original.

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

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

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

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

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

---

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

<sup>29</sup> CPACA, art. 231.

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

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

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

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

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

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

<sup>33</sup> ARIAS GARCÍA, Fernando, *Estudios de Derecho Procesal Administrativo*, Ibáñez, Bogotá, 2013, p. 381.

### **3.4. Problema jurídico y temas a desarrollar**

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

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

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

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

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

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

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

<sup>34</sup> Ver Sentencias C-901 de 2008 y C-588 de 2009.

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

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

Respecto de la función del concurso público como garantía de cumplimiento del mérito, en la Sentencia C-588 de 2009<sup>36</sup>, en la cual se declaró inexecutable el Acto Legislativo 01 de 2008, *“por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política”*, esta Corporación afirmó que:

"Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, pues el Constituyente lo previó como un mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa<sup>37</sup>. Así pues, el sistema de concurso ‘como regla general regula el ingreso y el ascenso’ dentro de la carrera<sup>38</sup> y, por ello, ‘el proceso de selección entero se dirige a comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos’, pues sólo de esta manera se da cumplimiento al precepto superior conforme al cual ‘el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes’<sup>39</sup>.

El concurso es así un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impide que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios ‘subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (...), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante’<sup>40</sup>."

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

<sup>35</sup> Sentencia SU-086 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>36</sup> M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>37</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

<sup>38</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>39</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C.1122 de 2005. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>40</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-211 de 2007. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

<sup>41</sup> "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"

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

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

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

Con posterioridad, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1227 de 2005, que reguló parcialmente la Ley 909 de 2004. El artículo 7, modificado por el Decreto 1894 de 2012<sup>43</sup>, estableció el orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. En el parágrafo 1 de este artículo se dispuso que: *“Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004”.*

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

<sup>42</sup> Artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

<sup>43</sup> Este artículo fue derogado y compilado en el artículo 2.2.5.3.2. Decreto 1083 de 2015, por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, el cual a su vez fue modificado por el Decreto 498 de 2020.

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

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

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

"Cuando esta Corporación afirma que la lista o registro de elegibles tiene por vocación servir para que se provean las vacantes que se presenten durante su vigencia, se está refiriendo a los cargos objeto de la convocatoria y no a otros, pese a que estos últimos puedan tener la misma naturaleza e identidad de los ofrecidos. En otros términos, el acto administrativo en análisis tiene la finalidad de servir de soporte para la provisión de los empleos que fueron objeto de concurso y no de otros. En consecuencia, si en vigencia de la lista se presenta una vacante, ésta se podrá proveer con ella si la plaza vacante fue expresamente objeto de la convocatoria que le dio origen. Los cargos que se encuentren por fuera de ésta, requerirán de un concurso nuevo para su provisión.

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

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

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

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

<sup>44</sup> M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>45</sup> M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>46</sup> M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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

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

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

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

<sup>47</sup> “*Por la cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, y se dictan otras disposiciones*”

<sup>48</sup> M.P. Humberto Sierra Porto.

<sup>49</sup> En esta providencia se decidió declarar inexecutable únicamente la expresión "inferior", que permitía que las listas de elegibles también fueran usadas para proveer cargos de este tipo.

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

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

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

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

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

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

<sup>50</sup> Ver, Sentencia 402 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz y Sentencia T-389 de 2009, M.P. Humberto Sierra Porto.

<sup>51</sup> Sentencia T- 525 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

<sup>52</sup> Sentencia T-564 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

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

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

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

<sup>53</sup> Sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

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

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

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

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

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

---

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

### 3.7. Caso concreto

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

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

El juez de primera instancia declaró la improcedencia de la acción. Sin embargo, el *ad-quem* amparó los derechos invocados y ordenó el nombramiento en período de prueba del señor Ángel Porras en el cargo de Defensor de Familia solicitado, de conformidad con la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018 de la CNSC. Para este último juez, el parágrafo 1 del artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, modificado por el Decreto 1894 de 2012<sup>56</sup>, al establecer que las listas pueden ser usadas para proveer las vacantes que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, le da el derecho a ser nombrado en la “*vacante adicional que se generó para el empleo identificado con el Código OPEC No. 34782 denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17*”<sup>57</sup>.

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

<sup>56</sup> Decreto 1227 de 2005. “**Artículo 7.** La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden: (...) **Parágrafo 1º.** Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.”

<sup>57</sup> Folio 130 del cuaderno principal.

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

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

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

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

<sup>58</sup> Ley 909 de 2004. "**Artículo 31. Etapas del proceso de selección o concurso.** El proceso de selección comprende: (...) 4. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso."

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

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

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

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

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

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

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

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

#### IV. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

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

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

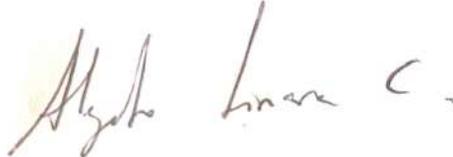
<sup>61</sup> Decreto 1083 de 2015. “**Artículo 2.2.5.3.1. Provisión de las vacancias definitivas.** Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño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

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

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.



**LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ**  
Magistrado Sustanciador



**ALEJANDRO LINARES CANTILLO**  
Magistrado  
*Con salvamento de voto*



**ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO**  
Magistrado



**MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ**  
Secretaria General



## TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, dieciocho (18) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

**ACCIÓN:** TUTELA  
**ACCIONANTE:** JESSICA LORENA REYES CONTRERAS  
**ACCIONADOS:** COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL  
CNSC, E INSTITUTO COLOMBIANO DE  
BIENESTAR FAMILIAR ICBF  
**PROVIDENCIA:** SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA  
**RADICACIÓN N°:** 76 001 33 33 021 2019 00234 01

**TEMA:** Derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos. Se revoca sentencia de primera instancia que negó el amparo y se accede con efectos *inter comunis*.

Providencia discutida y aprobada en Sala y Acta de la fecha. Convocatoria N° 090 del 15 de noviembre de 2019.

### 1. OBJETO DE DECISIÓN

Decide la Sala la impugnación presentada por la parte demandante contra la Sentencia N° 145 del 30 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado Veintiuno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali que negó el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos.

### 2. FUNDAMENTO FÁCTICO DE LA SOLICITUD (Fls. 1 al 18)

Mediante acuerdo N° 20161000001 del 5 de septiembre de 2016 la CNSC convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en adelante ICBF; la accionante se inscribió para optar por la vacante del empleo identificado con el código OPEC N° 39958, denominado Profesional Universitario Código 2044, Grado 8.

Mediante Resolución N° CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018 se conformó la lista de elegibles, quedando la accionante en el segundo lugar. Dicha resolución quedó en firme el 9 de junio de 2018 y conforme el artículo 64 del Acuerdo 2016 1000001376 de 2016 tiene una vigencia de dos años.

Mediante Resolución N° 6501 del 25 de mayo de 2018 el ICBF nombró en periodo de prueba a quien había quedado en el primer lugar de la lista de elegibles. El 22 de noviembre de 2018 la CNSC expidió la Resolución N° CNSC - 20182230156785 que revoca el artículo 4 de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la convocatoria N° 443 de 2016 que señalaban:

“Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la

Medio de Control: Tutela  
Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras  
Accionado: CNSC e ICBF  
Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo, dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados.”

Lo anterior impidió que el ICBF pudiese usar la lista de elegibles contenida en la resolución N° CNSC - 20182230040835 del 26 de abril de 2018, donde la demandante estaba en turno de opción ante el nombramiento de quien ocupó el primer lugar.

De otro lado, el Gobierno Nacional expidió el decreto 1479 de 2017 “*Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del ICBF*”, suprimiendo 42 cargos de carácter temporal cuya denominación era de Profesional Universitario Código 2044 Grado 8 y creo 49 con carácter permanente; así mismo determinó que dichos cargos debían proveerse siguiendo el procedimiento establecido en el decreto ley 909 de 2004.

El 4 de diciembre de 2018 la CNSC expidió la Resolución N° 20182230162005 “*Por la cual se declara desierto el concurso para algunas vacantes ofertadas en el marco de la convocatoria N° 4433 de 2016*”; el artículo primero declaró desierto el concurso respecto de 29 vacantes correspondientes al código 2044, grado 8, iguales al que se postuló la demandante dentro de la convocatoria 433 de 2016.

El 27 de junio de 2019 se expidió la ley 1960 que modificó la ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998 cuyo artículo 6 establece: “El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: ‘Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.’”.

El 1° de agosto de 2019 la CNSC aprobó y expidió “Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”, donde adoptó:

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

De otra parte, los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la ley 1960 de 2019, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas las reglas previstas para las listas de elegibles.

En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los

Medio de Control: Tutela  
Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras  
Accionado: CNSC e ICBF  
Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada.”

Como la señora Isabel Cristina Mosquera Torres, primera en la lista, fue nombrada y posesionada en el cargo ofertado por la OPEC 39985, la accionante pasó a ocupar el primer lugar dentro de la Resolución N° CNSC - 20182230040835 del 26 de abril de 2018; no obstante, como la CNSC revocó el artículo cuarto de cada una de las 1187 listas de elegibles expedidas con ocasión de la Convocatoria 433 de 2016, a la fecha no cuenta con posibilidad real de acceder a un cargo público ofertado por el ICBF en el citado concurso de méritos, dado que la única vacante que se ofertó en la OPEC 39958, Código 2044 Grado 8, es la ocupada por la señora Mosquera Torres, y según la directriz arriba transcrita, dicha lista de elegibles de la que hace parte la accionante no podrá ser tenida en cuenta ya que fue expedida por un proceso de selección que se adelantó con anterioridad a la expedición de la ley 1960 de 2019, pese a que el artículo 7 de la ley 1960 de 2019<sup>1</sup> precisa que dicha ley rige a partir de la fecha de su publicación, por lo que tanto el ICBF como la CNSC deben acatar lo preceptuado por ella, y proveer las vacantes creadas por el Decreto 1479 de 2017 con las listas de elegibles expedidas en razón de la Convocatoria 433 de 2016 que contaron con vigencia hasta el 27 de junio de 2019.

### **3. PRETENSIONES DE LA SOLICITUD (Fl. 18)**

Se ordene a la CNSC y al ICBF que en el término de 48 horas siguientes al fallo de tutela, realicen los trámites administrativos pertinentes para que se dé cumplimiento a lo ordenado en los artículos 6° y 7° de la ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles Resolución N° CNSC - 20182230040835 del 26 de abril de 2018 *“Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC N° 39958, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 8 del Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF, Convocatoria 433 de 2016”*, para que nombren y posesionen a la actora en uno de las cuarenta y nueve vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017, y evitar un perjuicio irremediable.

### **4. DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS. (Fl. 5)**

Debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos.

### **5. CONTESTACIÓN**

#### **5.1. Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC (Fis. 62-64)**

En cuanto a la aplicación de la Ley 1960 d 2019 es necesario advertir que la misma tiene vigencia desde su publicación esto es, desde el 27 de junio de 2019, no tiene efectos retroactivos y su aplicación se hará para convocatorias posteriores a su entrada en vigencia. Así mismo, solicita desvinculación de la presente acción, teniendo en cuenta que la CNSC

<sup>1</sup>Artículo 7°. La presente ley rige a partir de su publicación (27 de junio de 2019), modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.

Medio de Control: Tutela  
 Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras  
 Accionado: CNSC e ICBF  
 Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que si bien es cierto esta entidad adelantó el proceso de concurso para proveer los empleos vacantes en la planta de personal del ICBF, también lo es que esta Comisión, no tiene ninguna competencia respecto de la administración de la planta de personal del Instituto, pues la facultad para nombrar y retirar servidores públicos se encuentra en cabeza del representante legal de la entidad en este caso, la Directora del ICBF.

## **5.2. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (Fls. 69-84)**

Que no ha incurrido en ninguna conducta violatoria de la ley o derechos fundamentales de la accionante, pues su actuación se ha ceñido a la normatividad y jurisprudencia vigente. Que de conformidad con el artículo 31 de la ley 909 de 2004, el decreto 1894 de 2012 y la jurisprudencia constitucional (SU-446 de 2011), las listas de elegibles solo pueden usarse para proveer cargos ofertados al momento de la respectiva convocatoria y por tal razón, resulta improcedente acceder a sus pretensiones para que a partir del uso de la lista de elegibles en la que se encuentra, sea nombrada en una vacante distinta a la ofertada bajo el número OPEC 39958. Por otro lado, la ley 1960 de 2019 no es aplicable en el presente caso, como quiera que rige a futuro y por ende, no puede cobijar los acuerdos de convocatoria aprobados antes de su entrada en vigencia, esto es, antes del 27 de junio de 2019, más aún cuando la lista de elegibles en la que se encontraba la accionante (Resolución N° CNSC 20182230040835 del 26 de abril de 2018) cobró firmeza el 9 de junio de 2018.

## **5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Fls. 94-98)**

El Juzgado Veintiuno Administrativo Oral del Circuito de Cali en sentencia N° 145 del 30 de septiembre de 2019 desvinculó a la CNSC de la presente acción pues las pretensiones de la demanda se enmarcan única y exclusivamente respecto del nombramiento y posesión, situación que solo podría ser resuelta por el órgano convocante del concurso, es decir, el ICBF; negó las pretensiones de la demanda pues de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la lista de elegibles solo tiene vocación de servir para la provisión de los empleos objeto de la convocatoria.

## **6. IMPUGNACIÓN (Fls. 146-172)**

La accionante fundamenta su impugnación básicamente en que se aplique lo dispuesto en el artículo 6 de la ley 1960 de 2019, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 6°. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: “Artículo 31. El Proceso de Selección comprende:

1. (...)
2. (...)
3. (...)

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

Medio de Control: Tutela  
Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras  
Accionado: CNSC e ICBF  
Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.” (Subraya la Sala).

## **7. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **7.1. Competencia**

El Tribunal es competente para conocer de la impugnación de la sentencia proferida en primera instancia, según lo establecido por el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

### **7.2. Procedibilidad de la acción de tutela**

#### **7.2.1. Legitimación activa**

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En esta oportunidad, la señora Jessica Lorena Reyes Contreras, actúa en nombre propio y en defensa de sus derechos e intereses, por lo que se encuentra legitimado para presentar el mecanismo de amparo.

#### **7.2.2. Legitimación pasiva**

La Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de conformidad con lo estipulado en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 están legitimadas como parte pasiva dentro del proceso, toda vez que se les atribuye la vulneración de la prerrogativa constitucional.

### **7.3. Problemas Jurídicos**

*¿ las entidades demandadas vulneran los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la accionante al no nombrarla en un cargo igual a aquel para el que concursó y se encuentra de primera en lista de elegibles, bajo el argumento que fue creado con posterioridad a dicha convocatoria?*

### **7.4. Tesis de la Sala Mixta de Decisión.**

La Sala considera que las demandadas vulneran los derechos fundamentales de la actora y de todos los integrantes de la lista de elegibles al no aplicar el artículo 6° de la ley 1960 de 2019 so pretexto del “Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019” reglamento que excede la norma de mayor jerarquía desarrollada, al condicionar las listas de elegibles vigentes a la fecha de la convocatoria del concurso, limitante que no establece la ley y que desconoce principios constitucionales como el del mérito para acceder a cargos públicos; en consecuencia, la sentencia será revocada para en su lugar, tutelar los derechos fundamentales de la accionante, con efectos

Medio de Control: Tutela  
Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras  
Accionado: CNSC e ICBF  
Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

*inter comunis*, respecto de quienes hacen parte de la lista de elegibles de conformidad con lo establecido en la sentencia T-946 de 2011<sup>2</sup>.

Para soportar esta decisión abordará los siguientes temas: **i)** la acción de tutela; **ii)** procedencia excepcional de la acción de tutela en concurso de méritos; **iii)** efectos *inter comunis* de las sentencias de tutela; y **iiii)** el caso concreto.

#### **7.4.1. La acción de tutela**

De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política de 1991 la acción de tutela es un derecho público subjetivo del que goza toda persona para obtener del Estado a través de la Rama Judicial la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, en determinados casos.

Esta acción es de carácter residual y subsidiario, sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente, idóneo, que le permita al actor solicitar ante los jueces ordinarios la protección de sus derechos; salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable que debe aparecer acreditado en el proceso.

#### **7.4.2. Procedencia excepcional de la acción de tutela en concurso de méritos.**

De tiempo atrás la Jurisprudencia aceptaba la procedencia excepcional de la acción de tutela a efectos de la protección de los derechos fundamentales de quien ha participado en un concurso de méritos, pese a existir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el cual se torna ineficaz cuando las circunstancias particulares denoten un perjuicio irremediable:

“La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional.”<sup>3</sup>

<sup>2</sup> M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>3</sup> Sentencia T-315 de 1998 de la Corte Constitucional

Medio de Control: Tutela  
Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras  
Accionado: CNSC e ICBF  
Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

Estas excepciones a la improcedencia de la tutela se han desarrollado jurisprudencialmente frente a casos específicos<sup>4</sup>:

“De igual forma, en la sentencia SU-133 del 2 de abril de 1998, la Corte indicó que en algunas ocasiones los medios ordinarios no resultan idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en concursos para acceder a cargos de carrera. Afirmó la referida providencia:

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

En el mismo sentido, la Sentencia T-425 del 26 de abril 2001 se pronunció en los siguientes términos:

“En un sinnúmero de ocasiones esta colegiatura ha sostenido que procede la tutela para enervar los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos. En efecto: la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.

En la Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002, la Corte reiteró esta posición:

“... existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos.”

Así mismo, en la Sentencia SU-913 de 2009 la Corte Constitucional concluyó que *“...si bien, pueden existir otros mecanismos judiciales, estos deben ser eficaces y conducentes para tener la entidad de excluir al mecanismo de tutela en la protección de derechos en materia de concurso de méritos. De lo contrario, esto es, acudir a un proceso ordinario o contencioso*

---

<sup>4</sup> T-112 A de 2014 M.P. Alberto Rojas Ríos.

Medio de Control: Tutela  
 Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras  
 Accionado: CNSC e ICBF  
 Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

*administrativo, se estaría obligando a soportar la vulneración de derechos que requieren atención inmediata*<sup>5</sup>

Por último, la sentencia T-160 de 2018<sup>6</sup>, también señaló la procedencia excepcional de la acción de tutela en concurso de méritos, cuando a pesar de existir otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para evitar un perjuicio irremediable:

“Esta Sala de Revisión encuentra que la acción de amparo constitucional se convierte en el mecanismo idóneo de defensa judicial para resolver la controversia sometida a revisión, por una parte, porque las pretensiones del accionante no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, pretensión para la cual puede acudir a los medios de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que pretende demostrar que la aplicación de estas normas, en su caso concreto, lesiona sus derechos fundamentales”.

### **7.4.3. Efectos *inter comunis* de las sentencias de tutela**

Por lo general, las sentencias de tutela tienen efectos *inter partes*, es decir, que solo afectan las situaciones particulares de los sujetos que intervienen en el proceso. Sin embargo, la H. Corte Constitucional ha señalado que, excepcionalmente, basado en la necesidad de brindar un trato igualitario y uniforme que asegure el goce efectivo de los derechos fundamentales cuando la decisión del fallo de tutela afecta a personas que si bien no promovieron el amparo constitucional se ven afectadas por una situación de hecho o de derecho de una autoridad o de un particular, los efectos deberán ser *inter comunis*.

En efecto, señala la Alta Corporación<sup>7</sup> lo siguiente:

Con el fin de garantizar el derecho a la igualdad entre las personas a las que se les conculcan sus derechos fundamentales y acuden a la acción de tutela y aquellas que a pesar de encontrarse en la misma situación no tienen la calidad de accionantes, es preciso que la decisión del juez de tutela sea uniforme y tenga los mismos efectos para unos y otros. Así entonces, para dictar fallos con efectos *inter comunis* deben observarse los siguientes requisitos: “(i) que la protección de los derechos fundamentales de los peticionarios atente o amenace con atentar contra los derechos fundamentales de los no tutelantes; (ii) que quienes no acudieron a la acción de tutela y los accionantes se encuentren en condiciones objetivas similares; y (iii) que con la adopción de este tipo de fallo se cumplan fines constitucionales relevantes tales como el goce efectivo de los derechos de la comunidad y el acceso a la tutela judicial efectiva.”<sup>8</sup>

Incluso, con el propósito de salvaguardar la supremacía del orden superior la misma Alta Corporación señaló que, por medio de los efectos *inter comunis* se podría incluso “...dejar sin valor decisiones judiciales adoptadas frente a ciertos problemas jurídicos específicos, para en su lugar: (i) reconocer prerrogativas a determinadas personas que previamente habían

<sup>5</sup> Sentencia T-112 de 2014, Corte Constitucional

<sup>6</sup> M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

<sup>7</sup> Sentencia T-946/11, M.P. María Victoria Calle Correa

<sup>8</sup> Sentencia T-088/11, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

Medio de Control: Tutela  
 Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras  
 Accionado: CNSC e ICBF  
 Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

*acudido ante las autoridades jurisdiccionales y habían recibido un respuesta negativa, o (ii) revocar derechos reconocidos a individuos que los habían obtenido en fallos expedidos dentro de otros procesos de tutela u ordinarios.”<sup>9</sup>*

#### **7.4.4. Análisis del caso concreto**

La señora Jessica Lorena Reyes Contreras acudió al ejercicio de la acción constitucional de tutela para obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos vulnerados por las entidades accionadas al no nombrarla y posesionarla en uno de los 49 cargos de carácter permanente creados mediante el Decreto 1479 de 2017 posterior a la Convocatoria N° 433 de 2016 en el ICBF.

Está probado en el proceso que la accionante se inscribió en la convocatoria N° 433 de 2016 que realizó la CNSC mediante Acuerdo N° 2016100000176, para proveer la planta de personal del ICBF, para optar por la vacante del empleo denominado Profesional Universitario Código 2044 Grado 8; posteriormente, mediante Resolución N° CNSC - 20182230040835 del 26 de abril de 2018 *“Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC N° 39958 denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 8 del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016-ICBF* (Folios 65-66), donde la accionante quedó de segunda, el ICBF procedió a nombrar a quien ostentaba el primer lugar, quedando la accionante con una mera expectativa de ser nombrada en dicho cargo, máxime cuando solo existía una sola vacante.

Previo a lo anterior, el Gobierno Nacional expide el Decreto 1479 de 2017, *“Por medio del cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Cecilia de la Fuente de Lleras, y se dictan otras disposiciones.”*, suprimiendo 42 empleos de profesional universitario código 2044 grado 8 de carácter temporal creados mediante Decreto 2138 de 2016 y creando 49 de igual denominación como permanentes.

La CNSC revocó el artículo cuarto de la resolución N° CNSC - 20182230040835 del 26 de abril de 2018 que permitía que la accionante pudiera acceder a uno de los cargos nuevos creados, no obstante tal posibilidad se mantiene a partir del artículo 6° de la ley 1960 de 2019 que derogó el N° 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004, que dispone *“Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad”*.

<sup>9</sup> Sentencia SU-037/19, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

Medio de Control: Tutela  
 Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras  
 Accionado: CNSC e ICBF  
 Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

Así las cosas, no es cierto como lo pregonan las entidades accionadas que la aplicación de la ley citada sería retroactiva, pues ella en su enunciado expresamente señala que las listas de elegibles aplican para cargos que incluso se creen con posterioridad a la convocatoria, situación fáctica que encaja plenamente en la de la actora y que la hace aplicable al encontrarse para el momento de la expedición de la ley la lista de elegibles de que es parte vigente y existir 49 cargos surtidos en provisionalidad, siendo exactamente iguales a aquel para el cual ella fue convocada y superó el concurso de méritos.

La anterior interpretación encuentra respaldo en el artículo 125 Superior que reza:

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. (...).

Desatender lo dispuesto en la Norma Superior sería ignorar que *“...el sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza el acceso al empleo público, por lo que debe realizarse en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.”<sup>10</sup>*

Por tal razón, el Criterio Unificado adoptado por la CNSC el 1° de agosto de 2019 sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019 que dispone que las listas de elegibles vigentes pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad a la ley, contradice la norma reglamentada y establece una limitante abiertamente inconstitucional y trasgresora de los derechos fundamentales de quienes a la entrada en vigencia de la ley, hacían parte de listas de elegibles vigentes, quienes tienen el derecho de acceder a todos los cargos vacantes o surtidos en provisionalidad de idéntica naturaleza a aquellos para los que concursaron sin importar la fecha de la convocatoria; por tal razón la Sala lo inaplicará por inconstitucional<sup>11</sup>, en este caso concreto y con efectos *inter comúnis* para la lista de elegibles contenida en resolución No. CNSC 20182230040835 del 26 de abril de 2018.

<sup>10</sup> T-180 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

<sup>11</sup> “...entendida como la facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política.” Corte Constitucional, sentencia SU 132 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada (E)

Medio de Control: Tutela  
Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras  
Accionado: CNSC e ICBF  
Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

En esa línea de pensamiento, no se comparte el criterio del *a quo* que desvinculó a la CNSC para responder por la presunta violación de los derechos fundamentales invocados como vulnerados por la accionante, pues en primer lugar, le corresponde elaborar las listas de elegibles que posteriormente enviará a las entidades para proveer las vacantes definitivas mediante los nombramientos y la respectiva posesión de los que conforman dichas listas en este caso, el ICBF; y en segundo lugar, fue dicha entidad quien a través de la Resolución N° 20182230156785 del 22 de diciembre de 2018 revocó el artículo cuarto<sup>12</sup> de todos los actos administrativos que contenían las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria 443 de 2016 ICBF, que permitía que pudieran ser utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surgieran durante su vigencia en los mismos empleos convocados y profirió el 1° de agosto de 2019 el Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019.

Con base en lo anterior, se revocará la sentencia impugnada y se tutelarán los derechos fundamentales de la accionante, así como los de aquellas personas que conforman la lista de elegibles contenida en la resolución N° CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018, pues si los efectos de esta sentencia fueran inter partes, las personas que se encuentran en la misma situación de la señora Jessica Lorena Reyes Contreras y que no acudieron al proceso verían vulnerados sus derechos fundamentales (efectos inter comunis), máxime si se considera que existen 49 cargos vacantes o surtidos en provisionalidad; en esta secuencia se le ordenará a la CNSC que (i) dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes de notificada esta decisión, oferte los 49 cargos de Profesional Universitario Código 2044, Grado 8 creados mediante el decreto 1479 de 2017 para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a quienes conforman la lista de elegibles expedida por el acuerdo No. CNSC- 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 para optar, proceso que en todo caso no podrá exceder un mes calendario contado partir del cumplimiento del término de las 48 horas; (ii) elabore la lista de elegibles dentro de los quince (15) días siguientes al vencimiento para optar y una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los cinco (5) días siguientes al ICBF que deberá nombrar los aspirantes dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo de las listas y en estricto orden de mérito.

## 8. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** la Sentencia N° 145 del 30 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado Veintiuno Administrativo Oral de Cali conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

<sup>12</sup> "Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo, dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados."

Medio de Control: Tutela  
 Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras  
 Accionado: CNSC e ICBF  
 Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

**SEGUNDO: TUTELAR** los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la señora Jessica Lorena Reyes Contreras.

**TERCERO: INAPLÍQUESE** por inconstitucional, el “Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”, proferido por la CNSC el 1° de agosto de 2019, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**CUARTO: ORDÉNASE** a la CNSC que (i) dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes de notificada esta decisión, oferte los 49 cargos de Profesional Universitario Código 2044, Grado 8 creados mediante el decreto 1479 de 2017 para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el fin de que quienes conforman las listas de elegibles opten, proceso que no podrá exceder del término de un mes calendario contado partir del cumplimiento de las 48 horas; (ii) elabore la lista de elegibles dentro de los quince (15) días siguientes y debidamente notificado el acto y en firme lo remita al ICBF en el término máximo de cinco (5) días hábiles.

**QUINTO: ORDÉNASE** al ICBF, recibida la lista de elegibles por parte de la CNSC, en el término de ocho (8) días hábiles deberá nombrar a los aspirantes en estricto orden de mérito.

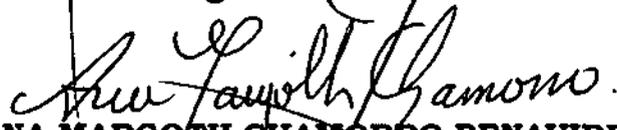
**SEXTO:** La presente decisión tiene efectos *inter comúnis* para todas a aquellas personas que conforman la lista de elegibles contenida en la resolución N° CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018, y que no acudieron al proceso como accionantes.

**SEPTIMO: NOTIFÍQUESE** a las partes la presente decisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 5 del Decreto 306 de 1.992.

**OCHO: REMITIR** dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, si no fuere impugnada, el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ZORANNY CASTILLO OTALORA**  
 Magistrada Ponente

  
**ANA MARGOTH CHAMORRO BENAVIDES**  
 Magistrada

  
**VÍCTOR ADOLFO HERNÁNDEZ DÍAZ**  
 Magistrado

*Subvención por el voto.*

República de Colombia



Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca  
Despacho 11

Santiago de Cali, dieciocho (18) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

<b>Radicación:</b>	7600133302120190023401
<b>Acción:</b>	TUTELA
<b>Demandante:</b>	JESSICA LORENA REYES CONTRERAS
<b>Demandado:</b>	CNSC E ICBF
<b>Instancia:</b>	SEGUNDA

---

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

Suscribo salvamento parcial de voto, específicamente en lo que respecta a los efectos del fallo de tutela.

En mi criterio los tribunales no tienen la facultad de amplificar los efectos de sus fallos porque no son órganos de cierre.

En la sentencia SU037/19 recordó la Corte Constitucional:

7.1. La Corte Constitucional ha explicado que de conformidad con los artículos 48 de la Ley 270 de 1996<sup>1</sup> y 36 del Decreto 2191 de 1991<sup>2</sup>, por regla general, *“los efectos de las decisiones que profiere (...) en su labor de revisión de las sentencias de tutela son inter partes”*, es decir, solo afectan a los extremos procesales involucrados en la causa<sup>3</sup>. Sin embargo, en razón de la misión encomendada por el artículo 241 de la Constitución consistente en salvaguardar la integridad del ordenamiento superior, esta Corporación ha desarrollado dos dispositivos específicos de extensión de las consecuencias de las órdenes

<sup>1</sup> “Artículo 48. Alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto: (...) 2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces”. Al respecto, cabe resaltar que el numeral transcrito fue declarado exequible de manera condicionada en la Sentencia C-037 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), bajo el entendido que “las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad”.

<sup>2</sup> “Artículo 36. Efectos de la revisión. Las sentencias en que se revise una decisión de tutela solo surtirán efectos en el caso concreto y deberán ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificará la sentencia de la Corte a las partes y adoptará las decisiones necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por ésta”.

<sup>3</sup> Sentencia SU-011 de 2018 (M.P. Diana Fajardo Rivera y Gloria Stella Ortiz Delgado).

que adopta en las providencias de amparo, los cuales ha denominado efectos *inter comunis* e *inter pares*<sup>4</sup>.

De este modo sustentó mi salvamento parcial de voto.

Atentamente,

  
**ANA MARGOTH CHAMORRO BENAVIDES**  
Magistrada

---

<sup>4</sup> Cfr. Providencias SU-1023 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), A-071 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y C-461 de 2013 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).



298

*Tribunal Administrativo de Boyacá*  
*Sala de División No. 3*  
*Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz*

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

**Accionante: Fabián Orlando Orjuela Ramírez**

**Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.**

**Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01**

**Acción: Tutela**

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

## I. ANTECEDENTES

### 1.1. La acción de tutela (f. 1 a 9):

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

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

**TERCERO:** Ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil que autorice al ICBF, el uso directo de la lista de elegibles, para que el ICBF me nombre en periodo de prueba en el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, asignado al Centro Zonal Tunja 2, lo anterior dando aplicación a lo consagrado en el artículo 6 de la ley 1960 de 2019.

**CUARTO:** Ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil que emita la correspondiente resolución, donde se establece el pago que el ICBF debe hacer, por el uso de la lista de elegibles, conformada mediante RESOLUCIÓN No. CNSC-20182230072575 del 17-07-2018, para que me nombre en periodo de prueba en la vacante surtida en provisionalidad que hay del cargo Defensor de Familia, código 2125, grado 17 asignado al centro zonal Tunja 2.

**QUINTO:** Que una vez se realice el pago por el ICBF a la Comisión Nacional del Servicio Civil y se emita la autorización de mi nombramiento; el ICBF me nombre en periodo de prueba en la vacante surtida en provisionalidad que hay del cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, asignado al centro zonal Tunja 2

**SEXTO:** En conclusión, se ordene al ICBF y a la CNSC, adelantar todas las actuaciones administrativas necesarias para que me nombre en periodo de prueba en el cargo Defensor de Familia, código 2125, grado 17, asignado al Centro Zonal Tunja 2, lo anterior dando aplicación a lo consagrado en el artículo 6 de la ley 1960 de 2019". (fl.8 y vto.)

Los hechos que sustentan el petitum son los siguientes:

- Indicó que, desde el 16 de marzo de 2016 ingresó a laborar en el ICBF como supernumerario supliendo las vacancias temporales, hasta agosto de 2017 cuando fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Defensor de Familia Centro Zonal Puerto Boyacá, nombramiento que finalizó el 7 de enero de 2019, con ocasión a la posesión en propiedad de la persona aprobó concurso de mérito.
- Manifestó que mediante Acuerdo No. 20161000001 del 5 de septiembre de 2016, la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF, al cual se inscribió con el objeto de optar por una de las 12 vacantes del empleo identificado con el código OPEC N° 34262, denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17 que se ofertaban 12 vacantes para el Centro Zonal Tunja 2.
- Señaló que, mediante Resolución N° CNSC-20182230072575 del 17 de julio de 2018, fue conformada lista de elegibles, en la cual quedó situado en posición 16, resolución que tiene vigencia de 2 años contados a partir de la fecha de su firmeza, conforme lo establecido en el artículo 64 del Acuerdo No. 20161000001376 de 2016 y numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

299

- A través de Resolución N° 11454 de 6 de diciembre de 2019, el ICBF nombró en periodo de prueba a Alexandra Constanza Pirazán Ávila, quien ocupó el puesto 15 de la citada lista de elegibles.
- Expuso que el 22 de noviembre de 2018, la CNSC profirió Resolución N° CNSC-20182230156785 que revocó el artículo 4<sup>o</sup> de los actos administrativos que contienen la lista de elegibles, lo cual incluyó la convocatoria N° 433 de 2016.
- Manifestó que, el Gobierno Nacional mediante Decreto 1479 de 2017<sup>2</sup> suprimió 328 cargos de carácter temporal, correspondientes a la denominación de Defensor de Familia, código 2125, grado 17 y creó los mismos con carácter permanente; cargos que debían proveerse conforme el procedimiento establecido en el Decreto Ley 909 de 2004.
- Indicó que, el 5 de septiembre de 2017 el ICBF expidió la Resolución 7746, por medio de la cual fueron creados 5 cargos denominados: Defensor de Familia, código 2125, grado 17, correspondientes a la Regional Boyacá.
- Arguyó que en la misma fecha, fue proferida la Resolución No. 7781 que efectuó tres nombramientos en provisionalidad en los cargos creados por el Gobierno Nacional en el Decreto 1479 de 2017, con lo cual desconoció la aplicación del principio de meritocracia, por cuanto se nombró al señor Luis Fernando Hamon Naranjo, quien ocupó el puesto 20 de la lista de elegibles conformada mediante resolución N° CNSC-20182230072575, lista en que el accionante está en turno para ser nombrado.
- Expuso que, el 4 de diciembre de 2018 la CNSC, expidió la Resolución N° CNSC-20182230162005 por la cual declaró desierto el concurso para algunas vacantes ofertadas en el marco de la Convocatoria N° 433 de 2016.

<sup>1</sup> Realizada consulta a través del sitio web <http://gestion.cns.gov.co/BNLElegiblesListas/faces/consultaWebLE.xhtml> la Resolución No. CNSC - 20182230072575 DEL 17-07-2018, "Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer doce (12) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 34262, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF"; determinó en su artículo 4° lo siguiente: "Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de méritos para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo, dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados".

<sup>2</sup> "Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras" y se dictan otras disposiciones".

- Citó el artículo 6<sup>3</sup> de Ley 1960 de 2019<sup>4</sup>, y advirtió que el 1° de agosto de 2019 la CNSC expidió criterio de unificación sobre la listas de elegibles en el contexto de la mencionada ley, sobre el cual se emitió posteriormente aclaración - 22 de noviembre de 2019-.
- Que en tal virtud radicó derechos de petición el 8 de agosto, 4 y 11 de diciembre de 2019, por medio de los que solicitó al ICBF realizar las actuaciones administrativas correspondientes al uso directo de la lista de elegibles, para que fuera nombrado en periodo de prueba en el cargo de Defensor de Familia código 2125, grado 17, asignado al Centro Zonal Tunja 2, conforme a la vacancia definitiva creada con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016.
- Sostuvo que el ICBF y la CNSC han negado todas sus peticiones, argumentando que no le es aplicable la Ley 1960 de 2019, ya que los Acuerdos de la convocatoria No. 433 de 2016, fueron aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019.
- Citó la sentencia de 18 de noviembre de 2019 emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca en el proceso con Radicado 76001333302120190023401, y afirmó que tiene derecho a ser nombrado en periodo de prueba pues le es aplicable lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.
- Finalmente, asevero que, en la página de la CNSC, en la casilla de próximas convocatorias se indica: ICBF 2020, por lo cual considera necesario ejercer la presente acción en aras de evitar la afectación de sus derechos fundamentales.

### **1.1. Trámite:**

En auto proferido el 23 de enero de 2020 (fl. 83), la a-quo **(i)** admitió la acción de tutela en contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF y la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC; y **(ii)** ordenó la vinculación del señor Luis Fernando

<sup>3</sup> Artículo 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

“Artículo 31. El proceso de selección comprende:

(...)

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

<sup>4</sup>“Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”.

Hamón Naranjo a quienes concedió el término de dos (2) días, para que se pronunciaran sobre los hechos del amparo constitucional.

## **1.2. Contestación de la demanda:**

Las accionadas y el vinculado se pronunciaron en los siguientes términos:

### **1.2.1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF (fls. 96 a 106)**

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF dio contestación en los siguientes términos:

- *Advirtió la improcedencia de la acción de tutela, por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, subsidiariedad y perjuicio irremediable, puesto que: i) la lista de elegibles en la que se encuentra el accionante fue publicada el 23 de julio de 2018, sin haberse presentado ninguna objeción por parte del actor, ii) el actor no cuestiona la lista de elegibles, sino las actuaciones que surgen con posterioridad, en virtud de las repuestas emitidas por el ICBF y CNSC a las peticiones presentadas entre agosto y diciembre de 2019, relacionadas con la posibilidad de usar la lista de elegibles para proveer cargos creados con posterioridad a la convocatoria No. 433 de 2016, así advirtió que el medio idóneo para controvertirlas es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en la Ley 1437 de 2011, y iii) se exige la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019 expedida con posterioridad a la publicación de la lista de elegibles que cobró firmeza el 31 de julio de 2019, frente a lo cual el accionante cuenta con la acción de cumplimiento para ventilar tal pretensión.*
- *Aclaro que, el ICBF no ha incurrido en ninguna actuación vulneradora de los derechos fundamentales del actor, pues de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 -vigente en el momento de apertura de la convocatoria-, el Decreto 1894 de 2012 y la jurisprudencia constitucional -Sentencia SU-446 de 2011-, las listas de elegibles solo pueden usarse para proveer cargos ofertados al momento de la convocatoria, de forma que es improcedente acceder a las pretensiones encaminadas a que se haga uso de la lista de elegibles en la que se encuentra el actor, para que sea nombrado en una vacante distinta a la ofertada en la convocatoria en la cual concurso.*
- *Agregó que la Ley 1960 de 2019 no es aplicable al caso pues esa norma rige a futuro, es decir, no es aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados antes de su entrada en vigencia, es decir, antes del 27 de junio de 2019,*

máxime cuando la lista de elegibles en la que se encuentra incluido el actor - Resolución 20182230072575 de 17 de julio de 2018-, cobró firmeza el 31 de julio de 2018, casi un año antes de la expedición de la nueva norma.

- Agregó que, aunque el actor hace referencia a la sentencia de 18 de noviembre de 2019 emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca en el proceso con Radicado 76001333302120190023401, es una sentencia que no ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional, pues se encuentra surtiendo el trámite de revisión ante la Corte Constitucional y, en todo caso, existen otras decisiones judiciales que han negado el amparo impetrado en relación con la controversia jurídica planteada, por lo cual no se configura un precedente unificado y reiterado sobre la materia.
- Luego de realizar un breve recuento sobre las etapas desarrolladas con ocasión de la Convocatoria No. 433 de 2016, manifestó que para el caso concreto, como quiera que el ICBF hizo los respectivos nombramientos de la lista de elegibles, en estricto orden de lista, habiéndose nombrado a las personas que ocuparon los primeros lugares, el accionante no tiene derecho a ser nombrado en propiedad para el cargo al cual aspiró, cuando para este sólo existen 12 vacantes, como fue conocido desde el acto de apertura de la convocatoria, tampoco puede ser nombrado en cargos diferentes a los ofertados a través de la OPEC 34262 para la cual se inscribió, conforme lo preceptúa el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, norma vigente al momento de la apertura de la convocatoria.
- Indicó que, el ICBF no ha incurrido en ninguna actuación que vulnere los derechos fundamentales del actor, puesto que de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 vigente para el momento en que se dio apertura a la convocatoria, el Decreto 1894 de 2012 y la sentencia SU- 446 de 2011 “las listas de elegibles solo pueden usarse para proveer cargos ofertados al momento de la respectiva convocatoria” por lo cual resultaría improcedente acceder a las pretensiones de la acción de tutela para que, a partir del uso de la lista de elegibles en la que se encuentra el actor, este sea nombrado en vacantes distintas a las ofertadas bajo el número OPEC 34262.
- En consecuencia, solicitó declarar improcedente el amparo impetrado por el accionante y, en caso de estimarse procedente, negar la acción de tutela al no advertirse violación de derechos fundamentales por parte de esta entidad.

### **1.2.2. Comisión Nacional del Servicio Civil (fls.121 a 124)**

Por intermedio del Asesor Jurídico encargado, se pronunció en los siguientes términos:

- ❖ *Indicó que el accionante pretende por intermedio de la acción constitucional acceder a un cargo para el cual no concursó y cuyos derechos no obtuvo por mérito, lo cual implicaría el desconocimiento de las reglas del proceso de selección, sino también la violación de los principios constitucionales de acceso a cargos públicos por mérito, igualdad, legalidad y transparencia.*
- ❖ *Afirmó que, desconoce las acciones que ICBF ha realizado respecto de su planta de personal, e informó que el señor Fabián Orlando Orjuela Ramírez, participó en el concurso de méritos convocado mediante Acuerdo 20161000001376 de 5 de septiembre de 2016, para el empleo identificado con el código OPEC No. 34262 y que, una vez superadas las fases del concurso, fue publicada la Resolución No. CNSC-20182230072575 del 17 de julio de 2018 mediante la cual se conformó la lista de elegibles, en la cual el accionante ocupó el lugar No. 16, por lo cual, quienes adquirieron el derecho a ser nombrados fueron los aspirantes que ocuparon las primeras doce casillas en la lista de elegibles, sin que fuera posible su nombramiento.*
- ❖ *Citó el criterio de unificación de la Sala Plena de la Comisión Nacional del Servicio Civil, respecto del uso de las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019 expedido el 16 de enero de 2020, en el cual se indicó que, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer: i) las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera- OPEC- de la respectiva convocatoria, y ii) para cubrir las nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos.*
- ❖ *Manifestó que, para hacer uso de la lista de elegibles sobre los empleos ofertados, la entidad deberá realizar la solicitud mediante oficio a la CNSC, previo reporte de dicha OPEC en SIMO, de conformidad con lo expuesto en la Circular Conjunta No. 2019100000117 del 29 de julio de 2019; posteriormente, se procederá a verificar las listas vigentes de la entidad, que cumplan con las características del empleo solicitado, con el fin de autorizar los nombramientos en período de prueba de los elegibles que por estricto orden de mérito les asita el derecho.*

- ❖ *Expuso que, hasta el momento no existe solicitud de lista de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado con el No. OPEC 34262, por lo cual, en el eventual caso en que el ICBF disponga de vacantes con la misma denominación, deberá cumplir con lo previsto en la Ley 1960 de 2019, por cuanto la CNSC no tiene competencia alguna frente a la administración de plantas de personal como lo dispone el Decreto 648 de 2017.*
- ❖ *Aseveró que no es procedente aplicar la retrospectividad de la Ley 1960 de 2019 en el caso bajo estudio, toda vez que, dicho fenómeno solo procede “frente a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa” (fl. 123 vto.); lo cual no se presenta en el sub judice, ya que lo ventilado es un hecho consolidado, es decir, una situación fáctica y jurídica que no es susceptible de modificaciones por el tránsito de normatividad.*

*Concluyó que, la CNSC no ha vulnerado ningún derecho fundamental al tutelante, por lo cual solicitó su desvinculación de la presente acción constitucional, teniendo en cuenta que carece de legitimación en la causa por pasiva.*

### **1.2.3. Luis Fernando Hamon Naranjo (fls. 173 a 181)**

*En calidad de tercero interviniente, se pronunció de la siguiente manera:*

- ✓ *Indicó que se presentó a la convocatoria pública realizada por la CNSC mediante Acuerdo No. 20161000001 del 5 de septiembre de 2016, en la cual se ofertaron 12 vacantes del empleo denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17 en el Centro Zonal Tunja 2; convocatoria dentro de la que ocupó el puesto 20 en la lista de elegibles.*
- ✓ *Que mediante Decreto 2138 del 22 de diciembre de 2016, el Gobierno Nacional aprobó la creación de la planta global de carácter temporal del ICBF, por lo cual, la entidad convocó a concurso interno No. PT-DF-001 el 26 de diciembre del mismo año, para la provisión del cargo de Defensor de Familia código 2125 grado 17, convocatoria en la que participó y ocupó el segundo lugar en la lista de elegibles, sin que la persona que ocupó el primer lugar se hubiera posesionado, razón por la cual fue nombrado en provisionalidad en dicho cargo, conforme Resolución No. 1372 del 9 de marzo de 2017.*

302

- ✓ Que el nombramiento anterior, fue prorrogado a través de Resolución No. 7781 de 5 de septiembre de 2017, al ser creado de manera definitiva el citado cargo, para cuyo desempeño cumplió con el perfil profesional y los requisitos que exige el cargo.
- ✓ Arguyó que, lo dispuesto por la Resolución No. CNSC-20182230156785, que revocó el artículo 4 de la Resolución No. CNSC- 20182230072575 del 17 de julio de 2018, mediante la cual se conformó la lista de elegibles para proveer doce (12) vacantes de empleo de Defensor de Familia código 2125 grado 17 de la Convocatoria 433 de 2016, en nada afecta el derecho que deprecia el tutelante, por cuanto al agotarse la lista de elegibles territorial, será consolidada una lista de elegibles general para proveer las vacantes que surjan durante la vigencia de la lista -2 años- para proveer los mismos empleos convocados; es decir, en caso de i). falta de posesión o, ii) ausencia o renuncia total de quien hubiese sido posesionado en una de las 12 vacantes ofertadas dentro de la mentada convocatoria, será utilizada la citada lista de elegibles.
- ✓ El accionante incurre en yerro al solicitar que la lista debe ser usada en empleos que no fueron ofertados en la citada convocatoria.
- ✓ Manifestó que, no entiende porqué fue vinculado al presente amparo poniendo en riesgo sus derechos y los de su familia, pues dentro de la citada convocatoria interna, existieron cinco (5) vacantes, de las cuales tres (3) ya fueron nombradas, existiendo dos (2) cargos con la denominación de Defensor de Familia, creados con posterioridad a la convocatoria No. 433 de 2016.
- ✓ Señaló que en la actualidad cuenta con 56 años de edad y es padre de 2 hijos, Natalia Sofía Hamon Rugeles, quien padece de epilepsia mioclónica juvenil, por cual requiere medicamentos permanentes y de Daniel Fernando Hamon Ovalle quien padece trastorno esquizoafectivo de tipo bipolar, patología mental crónica e irreversible.
- ✓ Que los menores dependen exclusivamente de él pues la madre, Luz América Ovalle García, falleció el 20 de agosto de 2019; por tanto, desvincularlo de su cargo afectaría su mínimo vital y el de su familia, que goza de estabilidad laboral reforzada, por tener el cuidado de su hijo.
- ✓ Agregó que, el accionante se encuentra vinculado al I.C.B.F como supernumerario, es decir, no se vulnera el derecho al trabajo.

Solicitó negar las pretensiones de la acción.

## II. SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia proferida el 5 de febrero de 2020, el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja resolvió: (fls. 236-242)

**“PRIMERO.- DECLARAR** que el representante legal del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF** vulneró los derechos y garantías fundamentales de acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso del señor **FABIÁN ORLANDO ORJUELA RAMÍREZ**, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO.- TUTELAR** los derechos fundamentales de acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso del señor **FABIÁN ORLANDO ORJUELA RAMÍREZ**, vulnerados por el representante legal del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF**, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**TERCERO.- ORDENAR** al representante legal del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF** que dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, inicie todos los trámites administrativos ante la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC, con el fin de que esta autoridad autorice el uso de la lista de elegibles conformada mediante resolución No. 20182230072575 del 17 de julio de 2018, para proceder al nombramiento de **FABIÁN ORLANDO ORJUELA RAMÍREZ**, en periodo de prueba en uno de aquellos empleos vacantes creados mediante decreto No. 1479 del 4 de septiembre de 2017 denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, de acuerdo a las razones expuestas en precedencia.

**CUARTO.- Declarar** que la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC** no vulneró derecho fundamental alguno al accionante por lo expuesto en la parte considerativa.” (...). (fl. 242 vto.)

Contrajo el problema jurídico a establecer: i) la procedencia de la acción; ii) si al concurso en que participó el accionante es aplicable la Ley 1960 de 2019 a pesar de haberse surtido bajo la Ley 909 de 2004 y Decreto 1894 de 2012; iii) si se vulneraron los derechos fundamentales de acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso por parte de las entidades accionadas.

Encontró ese estrado judicial, que la acción de amparo constitucional deprecada por el accionante, es el mecanismo idóneo de defensa judicial, por cuanto las pretensiones no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, sino la aplicación de la Ley 1960 de 2019 a fin de ser nombrado en el empleo denominado Defensor de Familia Código 2125 grado 17 del ICBF, cargo para el que concursó y aprobó todas las etapas.

Trajo a colación el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019 y el criterio de unificación de la Sala Plena de la CSNC proferido el 16 de enero del 2020, para precisar que, las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad, deben ser provistos por las listas de elegibles que se encuentren vigentes.

Indicó que, como el accionante concursó y aprobó las etapas señaladas en la convocatoria 433 de 2016, ocupando el puesto No 16 de la lista de legibles para proveer el empleo denominado Defensor de Familia código 2125, grado 17 y mediante Decreto No. 1459 del 4 de septiembre de 2017, se crearon 328 cargos de Defensor de Familia, código 2125, grado 17 distribuidos mediante Resolución No. 7746 de 05 de septiembre de 2017 cinco de los cuales corresponden al Departamento de Boyacá en los que mediante Resolución No. 7781 del 05 de septiembre de 2017 se efectuaron tres (3) nombramientos en provisionalidad, el accionante tiene derecho a que el ICBF lo nombre en uno de los vacantes en cumplimiento del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019.

Frente a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, la a quo explicó los fenómenos de retroactividad y restrospectividad e indicó que la Ley no puede ser retroactiva, pero si retrospectiva, es decir, surtir efectos frente a una situación anterior a su vigencia y que se encuentran en curso, atendiendo principios de justicia y equidad.

Por lo anterior indicó que en la convocatoria No. 433 de 2016 en la que concursó el accionante la lista de elegibles cobró firmeza el 31 de julio de 2018 y expira el 31 de julio de 2020, de forma que existe una expectativa de su nombramiento en el cargo para el cual concursó, es decir, los efectos jurídicos no se han consolidado.

Concluyó que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF vulneró los derechos y garantías fundamentales de acceso a cargos públicos, trabajo igualdad y debido proceso del señor Fabián Orlando Orjuela Ramírez.

### **III. APELACIÓN**

Dentro del término concedido para tal efecto, fueron presentadas las siguientes impugnaciones:

#### **3.1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF (fls. 248 a 258)**

A través del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, presento recurso de apelación en los siguientes términos:

Reitero los argumentos expuestos en la contestación de la tutela, e insistió en la improcedencia de la acción en tanto carece de trascendencia iusfundamental, no cumple los principios de subsidiariedad, ni se configura perjuicio irremediable, toda vez que: i) la lista de elegibles en la que se encuentra el accionante fue publicada el 23 de julio de 2018 y se conformó para proveer 12 vacantes, el accionante ocupó la casilla número 16; ii) el actor cuestiona las respuestas emitidas por el ICBF y la CNSC a las peticiones presentadas en agosto y diciembre de 2019, relacionadas con la posibilidad de usar la lista de elegibles para proveer cargos con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016, el medio idóneo para controvertirlas es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en la Ley 1437 de 2011, y iii) exige la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019, es decir el accionante cuenta con la acción de cumplimiento para ventilar tal pretensión.

Insistió en que la ley rige a futuro, no se aplica a Acuerdos de convocatoria aprobados antes de su vigencia, esto es antes del 27 de julio de 2019, menos aún, cuando la lista de elegibles en la que se encuentra el accionante, cobró firmeza el 31 de julio del 2018.

Resaltó que, no se puede afirmar de manera general y descontextualizada que la acción de tutela es procedente siempre que exista un concurso de méritos o listas de elegibles, pues las controversias que puedan suscitarse en dichos ámbitos son de diversa naturaleza y las particularidades de cada caso ameritan un estudio específico. Así las cosas, la controversia principal del presente caso versa sobre el cumplimiento retrospectivo de una norma de carácter general frente a una persona que no ocupó los primeros lugares dentro de una lista de elegibles que, además se encuentra publicada.

Así mismo manifestó que el ICBF no ha incurrido en ninguna actuación que vulnere los derechos fundamentales del actor, pues de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 -vigente para el momento en que se dio apertura a la convocatoria, el Decreto 1894 de 2012 y la sentencia SU- 446 de 2011 **“las listas de elegibles solo pueden usarse para proveer cargos ofertados al momento de la respectiva convocatoria por lo cual resultaría improcedente acceder a las pretensiones de la acción de tutela para que a partir del uso de la lista de elegibles en la que se encuentra el actor, este sea nombrado en vacantes distintas a las ofertadas bajo el número OPEC 34262”**. (fl. 252). La normatividad aplicable al proceso de selección en el cual participó el accionante es la vigente al momento del proceso de selección.

*Indicó que, la jurisprudencia ha considerado que la lista de elegibles crea derechos adquiridos para quienes ocupan puestos vacantes ofertados y un derecho subjetivo a ser nombrado en caso de vacancia de esos primeros nombramientos surtidos para quienes ocuparon los siguientes puestos, sujeto a una condición externa al concurso, como la muerte o el retiro definitivo del primer nombrado, puesto que la lista concluye la situación jurídica creada con la convocatoria, como acto culminante del proceso de méritos.*

*Explicó que en el caso bajo estudio el ICBF hizo los respectivos nombramientos de la lista de elegibles, en estricto orden nombró a quienes ocuparon los primeros 12 lugares para los cuales fue ofertada la convocatoria OPEC 34262; el actor no puede ser nombrado en cargos diferentes.*

*En ese sentido indicó que, las reglas de las convocatorias de concursos de méritos son ley para las partes, razón por la cual no pueden ser utilizadas para proveer vacantes distintas pues ello quebrantaría las reglas y se incurriría en extralimitación en el ejercicio de las funciones.*

*Arguyó que la Ley 1960 de 2019 no estableció vigencia especial para su aplicación, en consecuencia, se aplica a partir de su promulgación, es decir, del 27 de junio de 2019; el proceso de selección estuvo regido por la normatividad anterior -Ley 909 de 2004 y el Decreto 1894 de 2012-, que consagraron que las listas no podían utilizarse para vacantes diferentes a las ofertadas.*

*Indicó que, para la Corte Constitucional, el derecho subjetivo que surge de la lista de legibles está sujeto al lugar que se ocupó en ella y, al consolidarse, adquiere firmeza, sin perjuicio de vigencia; la nueva ley no la modifica, amplía o da alcances diferentes a los dispuestos en las normas anteriores.*

*Bajo ese panorama, citó la circular No. 20191000000117 de la CNSC en la cual se estableció que "(...) Los procesos aprobados en sesión de Comisión hasta antes del 27 de junio 2019 podrán ser modificados, corregidos o aclarados en cualquiera de sus aspectos en los términos de la normatividad que se encontraba vigente antes de la expedición de la Ley 1960 de 2019. Con fundamento en lo antes dicho, los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019 se regirán por el artículo 29 de la Ley 909 de 2004 vigente antes de su modificación." (fl. 257).*

*Insistió en que la sentencia citada por el accionante no ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional pues se encuentra surtiendo el trámite de revisión ante la Corte Constitucional y otras decisiones han negado la protección.*

### **3.2. Luis Fernando Hamon Naranjo (fls. 273 a 275)**

Como tercero interviniente, se pronunció en dos oportunidades, así:

➤ **Oficio radicado 10 de febrero de 2020, con impugnación de la sentencia de tutela (fls. 273-275)**

Indicó que el a-quo no se pronunció sobre sus argumentos de defensa lo cuales reiteró. Señaló que la ley del concurso al que aplicó el accionante se rige por la Ley 909 de 2004 y no es aplicable la Ley 1960 de 2019 dado el principio de irretroactividad.

Reiteró que participó del concurso interno No. PT-DF-001, convocado para proveer el empleo creado por el Decreto 2138 de 22 de diciembre de 2016, cargo no ofertado por la Convocatoria No. 433 de 2016, sin que se haya abierto nueva convocatoria a concurso.

Solicitó revocar la sentencia de primera instancia.

➤ **Oficio radicado el 3 de marzo de 2020 (fl. 289)**

Informó que el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué negó las pretensiones en caso similar al presente por improcedencia atendiendo a obligatoriedad de las reglas del concurso, condición en la cual no puede admitirse el registro de elegibles para proveer un número mayor de empleos a los ofertados. Refirió que la acción de tutela fallada por el Tribunal del Valle fue “anulada” por improcedente.

Señaló la inconveniencia del mecanismo pues ello daría lugar a “un mundo de acciones de Tutela” que afectaría al ICBF, en tanto quienes están en la lista de elegibles pretenderían ser designados en los cargos no ofertados y sin el puntaje exigido en el concurso.

Manifestó que actualmente en la ciudad de Tunja existen 4 provisionalidades designadas así: i). persona que está esperando resolución de pensión; ii). una madre cabeza de familia; iii). persona con afectaciones psiquiátricas bajo tratamiento especializado; y, iv) él, como padre cabeza de hogar a cargo de un hijo con discapacidad mental.

#### IV. INTERVENCIONES

##### 4.1. Concepto del Ministerio Público<sup>5</sup>

*En escrito radicado el 24 de febrero de 2020, se pronunció en los siguientes términos:*

*Consideró que la acción no es improcedente, como lo afirma el ICBF por cuanto corresponde al juzgador examinar si el medio ordinario de defensa resulta eficaz, conforme a la jurisprudencia: i) finalidad del proceso y ii.) resultado previsible.*

*Citó la sentencia T-504 de 2000 y señaló que, en el caso bajo estudio está próximo el vencimiento de la lista de elegibles - 31 de julio de 2020 – tiempo insuficiente para agotar los siguientes tramites: i) conciliación como requisito de procedibilidad, ii) interposición de la demanda, reparto y sustanciación de la eventual medida cautelar, con la natural discusión y debate respecto a la caducidad del medio de control y su eventual interrupción por la interposición de la acción de tutela.*

*Por lo anterior afirmó que la inminencia del agotamiento de la lista de elegibles en la fecha antes señalada impide al tutelante que, por vía ordinaria, pueda lograr protección de sus derechos, en tal condición se cumple el requisito de la subsidiariedad.*

*Manifestó que la aplicación retrospectiva de la ley no ha sido ajena a la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencias T-564 de 2015 y T-116 de 2016), y del Consejo de Estado, corporaciones que han indicado, frente al uso de listas de elegibles para cargos que no han sido objeto de la oferta inicial del concurso de méritos, la garantía del postulado fundamental del mérito contenido en el artículo 125 de la Constitución Política al permitir el uso de las listas de elegibles mientras estén vigentes, para proveer empleos adicionales a los inicialmente ofertados iguales o equivalentes a estos.*

*Respecto a los argumentos del tercero interviniente, consideró que como lo menciona su escrito de vinculación y la impugnación al fallo de tutela, al interior del expediente obra prueba sumaria que evidencia su condición de padre cabeza de familia, y citó jurisprudencia sobre los presupuestos establecido por la Corte Constitucional para que opere la especial protección constitucional.*

---

<sup>5</sup> Vista a folio 283 del expediente, el tercero interviniente allegó oficio el 14 de febrero de 2020, en el cual solicitó la vinculación especial como sujeto procesal Ministerio Público, a través del Procurador Judicial Delegado ante los Asuntos Administrativos; quien contestó dicho requerimiento conforme obra a folios 284 a 288 del expediente.

*Por lo expuesto, solicitó se adicione el fallo de primera instancia, en el sentido de ordenar al ICBF frente al cumplimiento de los numerales 2 y 3 de la parte resolutive del fallo impugnado, se respete el vínculo laboral provisional del señor Luis Fernando Hamon Naranjo hasta que: i) exista una justa causa de terminación de la relación laboral debidamente comprobada; ii) cesen las condiciones que originan la especial protección y/o iii) haya razones objetivas del servicio que justifiquen de manera suficiente la vinculación de funcionario en particular, caso en el cual la carga argumentativa recae en la administración.*

*Agregó que la anterior solicitud no deberá generar tensión frente a los derechos reconocidos al tutelante, pues se afirmó en la demanda de tutela, como en la contestación del tercero vinculado, que existen 5 vacantes de las que se encuentran ocupadas 3 y que, de estas, el funcionario de la zonal Duitama ha renunciado.*

## **V. CONSIDERACIONES**

*Resuelve la Sala el recurso de apelación presentado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-, y por el tercero vinculante señor Fernando Hamon Naranjo, contra de la sentencia proferida el 5 de febrero de 2020 por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.*

### **5.1. Asunto a resolver:**

*Se trata en este caso de establecer, si como lo señalan los impugnantes no es procedente el amparo constitucional deprecado, en la medida en que el accionante cuenta con los medios de control previstos en la Ley 1437 de 2011, para controvertir las actuaciones surgidas con ocasión al uso de la lista de elegibles, para acceder a cargos inicialmente no ofertados en la Convocatoria 433 de 2016, teniendo en cuenta el principio de retrospectividad en la aplicación de la Ley 1960 de 2019.*

*Tal como se plantea la demanda y se advierte en la impugnación del ICBF, lo que acá se encuentra en debate no es, en sí mismo, el procedimiento del concurso que dio lugar a la lista de elegibles, sino el derecho que reclama el accionante para que sea utilizada tal lista a fin de proveer un cargo vacante en aplicación de la Ley 1960 de 2019 lo cual fuera negado mediante actos administrativos que, dice la impugnante pueden ser demandados en vía ordinaria, lo cual deriva improcedente la acción.*

*En estas condiciones, se ocupará la Sala, en primer lugar, de establecer si es procedente la acción de tutela cuando la entidad se niega a atender el orden estricto de la lista de elegibles.*

## 5.2. De la procedencia de la acción de tutela por falta de nombramiento de quien se encuentra en lista de elegibles:

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha manifestado que la acción de tutela, sin perjuicio de su naturaleza residual, es un mecanismo procedente para proteger los derechos de quienes han participado en concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera en las entidades estatales y han sido seleccionados. Ello por cuanto las acciones ordinarias ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo no proveen un mecanismo efectivo, oportuno e idóneo para la protección de los derechos al trabajo, a la igualdad y al debido proceso.

Desde la Sentencia T-315 de 1998<sup>6</sup>, señaló:

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

En materia de concursos de mérito, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre dos situaciones: cuando se controvierte un acto administrativo y **cuando se busca que la entidad encargada efectúe los nombramientos de las personas incluidas en la lista de elegibles.**

En el primer supuesto, se ha indicado que por regla general este mecanismo constitucional no procede, debido a la existencia de otros medios de defensa judicial, análisis que, en todo caso, dependerá de las situaciones particulares del caso. En el segundo evento, la Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela **procede para la protección de los participantes que, teniendo derecho a ser nombrados, por hacer parte de la lista de elegibles, no son designados.**

<sup>6</sup> MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Ya desde la Sentencia SU-133 del 2 de abril de 1998<sup>7</sup>, el Tribunal Constitucional indicó lo siguiente:

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

En el mismo sentido la Sentencia T-425 del 26 de abril 2001<sup>8</sup>, la Corte señaló que en desarrollo de los principios que rigen la función pública igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, y publicidad, consagrados en el artículo 209 de la Carta Política, **cuando se presentan vacantes, si la administración decide proveerlas, durante la vigencia de una lista de elegibles**, debe hacerlo con las personas que integran tal lista, obviamente, conservando el orden de conformación e integración de la misma. Se pronunció en los siguientes términos:

*“En un sinnúmero de ocasiones esta colegiatura ha sostenido que **procede la tutela para enervar los actos de las autoridades públicas** cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos. En efecto: la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, **no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata...**” (Resaltado fuera de texto)*

De otra parte, la Corte en la Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002<sup>9</sup>, reiteró esta posición:

*“... existe una clara línea jurisprudencial según la cual **la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos**, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos...” (Resaltado fuera de texto)*

<sup>7</sup> MP. José Gregorio Hernández.

<sup>8</sup> MP. Clara Inés Vargas.

<sup>9</sup> MP. Eduardo Montealegre

En los mismos términos, en la Sentencia T-484 del 20 de mayo de 2004<sup>10</sup>, la Corte estudió el conflicto que se presenta cuando existe lista de elegibles y solicitud de traslado de un funcionario de carrera, estableciendo que el nominador debe tener en cuenta la hoja de vida de los aspirantes al cargo. La Corte Constitucional concluyó, que si bien "...la jurisprudencia constitucional ha considerado que existe otro mecanismo de defensa judicial para satisfacer las pretensiones de quien considera **que no fue nombrado en un cargo**, a pesar de haber obtenido el primer puesto en un concurso, también ha precisado que éste medio de defensa judicial no es eficaz para proteger los derechos involucrados..." (resaltado fuera de texto).

Luego la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional respecto al tema se plasma de la siguiente manera en la Sentencia SU 913 de 2009, allí se lee:

*"5.1. La Corte Constitucional ha señalado de manera recurrente que la acción de tutela es un mecanismo protector de derechos fundamentales de naturaleza residual y subsidiaria, por lo cual solo puede operar para la protección inmediata de los mismos cuando no se cuenta con otro mecanismo judicial de protección, o cuando existiendo este, se debe acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

*Sin embargo, la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, la Corte Constitucional **asume competencia plena y directa, aun existiendo otro mecanismo de defensa judicial**, al considerar que la tutela puede 'desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto'<sup>11</sup>, en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos<sup>12</sup>*

*5.2. Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular"<sup>13</sup> (Resaltado fuera de texto)*

<sup>10</sup> MP. Clara Inés Vargas.

<sup>11</sup> Sentencia T-672 de 1998.

<sup>12</sup> Sentencia SU-961 de 1999.

<sup>13</sup> Sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez; aclaración de voto del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio. En esta misma línea, en las sentencias SU-133 de 1998 y SU-086 de 1999 la Corte explicó: "...esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata. // La Corte estima que la satisfacción plena de los aludidos derechos no puede diferirse

La sentencia acabada de citar analizó varias acciones de tutela en las que los actores, quienes participaron en el concurso de méritos para la provisión de cargos de notarios, solicitaron el amparo de sus derechos fundamentales y señaló:

*“...Lo cierto es que una vez en firme, al acto administrativo que contiene la lista de elegibles no puede ser modificado en sede Administrativa, sin perjuicio de la posible impugnación que se surta en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria. Por ello, cuando el nominador designa para desempeñar un cargo de carrera a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desplazando a quien la antecede por haber obtenido mejor puntaje, lesiona sin lugar a dudas derechos fundamentales, entre ellos, el de igualdad, el derecho al trabajo y el debido proceso. Como también se lesionan los derechos fundamentales de quienes ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles cuando se reconfiguran dichas listas sin existir justo título que así lo autorice...” (Resaltado fuera de texto).*

A su vez, en la sentencia T-180 de 2015<sup>14</sup> la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional precisó que *“Esta Corporación ha señalado que las listas de elegibles generan derechos subjetivos que, por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado...”*<sup>15</sup> (Resaltado fuera de texto).

Teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional citada, concluye esta Sala que, los supuestos fácticos en este caso, es decir, la existencia de lista de elegibles en la que el accionante ha sido incluido y la alegada existencia de vacantes por proveer en cargos de igual denominación que los llamados a concurso en esa ocasión, a pesar de la existencia de actos administrativos que se han negado a proveer el empleo atendiendo a esa circunstancia que da lugar a un derecho subjetivo, hacen procedente la acción de tutela pues, sin lugar a mayores explicaciones, someter el caso al proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho, no resulta eficaz para la protección de los derechos fundamentales invocados, como lo expuso el Ministerio Público en este proceso. Otra cosa será determinar si la protección procede de manera definitiva o transitoria, aspecto que se examinará de salir adelante el planteamiento de fondo en este caso.

---

*indefinidamente, hasta que culmine el proceso ordinario, probablemente cuando ya el período en disputa haya terminado. Se descarta entonces en este caso la alternativa de otro medio de defensa judicial como mecanismo de preservación de los derechos en juego, que son de rango constitucional, de aplicación inmediata (art. 85 C.P.) y que no pueden depender de un debate dado exclusivamente en el plano de la validez legal de una elección, sin relacionarlo con los postulados y normas de la Carta Política”. Ver, en el mismo sentido, la sentencia SU-613 de 2002.*

<sup>14</sup> Corte Constitucional, sentencia T-180 de 2015 MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>15</sup> Sentencias C-147 de 1997, C-155 de 2007, C-926 de 2000, C-624 de 2008, T-494 de 2008, entre otras.; o en hipótesis en las cuales su producción o aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales”.

### **5.3. De la aplicación de la Ley 1960 de 2019 a la lista de elegibles conformada con anterioridad a su vigencia:**

Llegados a este punto, se observa que ante la existencia de una lista de elegibles vigente, en la que el accionante se encuentra incluido, el debate se dirige a la aplicación o no de una ley expedida con posterioridad a tal conformación de elegibles.

Las leyes y, en general, las normas que componen el ordenamiento jurídico solo rigen para los actos, hechos o situaciones de derecho que se constituyen con posterioridad a su entrada en vigencia y, por ello, solo por excepción pueden ser aplicadas en el tiempo de manera diferente, a través de las siguientes figuras:

- ✓ **Retro-actividad:** en principio, se configura cuando una norma expresamente contempla la posibilidad de ser aplicada a situaciones de hecho que se consolidaron con anterioridad a su entrada en vigencia<sup>16</sup>, un ejemplo claro de este instituto jurídico es el establecido en el artículo 29 constitucional, conforme al cual “en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva y desfavorable”.
- ✓ **Ultra-actividad:** consiste en la aplicación de una norma que ha sido expresa o tácitamente derogada, a situaciones de hecho que si bien tuvieron lugar durante su vigencia, en la actualidad se encuentran regidas por una nueva disposición jurídica; de forma que, si bien la nueva ley es de aplicación inmediata y, por tanto, debería regular las situaciones que se consoliden en su vigencia, resulta admisible el uso de la normatividad anterior con el objetivo de preservar los derechos adquiridos y las legítimas expectativas de quienes se rigieron por la normativa derogada.<sup>17</sup>
- ✓ **Retrospectividad:** La jurisprudencia de las Altas Cortes ha aceptado la posibilidad la aplicación temporal de las normas, la cual, si bien no encuentra desarrollo ni consagración normativa expresa<sup>18</sup>. En relación con esta figura, se ha indicado que ella consiste en la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva.

<sup>16</sup> Ver Sentencias C-181 de 2002, T-060 de 2003, T-389 de 2009, T-110 de 2011 y C-258 de 2013, entre otras.

<sup>17</sup> Ver Sentencias C-763 de 2002, C-377 de 2004 y T-110 de 2011, entre otras.

<sup>18</sup> Ver Sentencias T-110 de 2011, C-258 de 2013, entre otras.

En relación con la aplicación de los efectos de la ley en el tiempo la Sentencia C-619 de 2001<sup>19</sup>, precisó que las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley ésta es de aplicación inmediata.

Por su parte la sentencia en la Sentencia Radicado No. 56302 de 2014 el Consejo de Estado<sup>20</sup> indicó que:

*"(...) Por el contrario, frente a situaciones inciertas y eventuales que no se consolidaron al amparo de una normatividad anterior, opera un principio de aplicación inmediata de la ley, a la cual deberán adecuar su conducta quienes no hayan logrado llevar a su patrimonio derechos que concedía la norma derogada. Así, la Corte ha señalado que mientras los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos por las leyes ulteriores, por el contrario, las simples expectativas no gozan de esa protección, pues "la ley puede modificar discrecionalmente las meras probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho." Por ello, las expectativas que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho, pueden ser reguladas por el legislador "según las conveniencias políticas que imperen en el momento, guiado por parámetros de justicia y de equidad que la Constitución le fija para el cumplimiento cabal de sus funciones." Cabe agregar que, en todo caso, la consolidación del derecho que otorga el haber sido incluido en una lista de elegibles, se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer..."*  
(Subrayado fuera de texto)

En este caso, según los antecedentes, el accionante fue incluido en una lista de elegibles que a la fecha se encuentra vigente, es decir, se está ante un derecho subjetivo adquirido, sin embargo, ese derecho no se ha concluido mediante el nombramiento en el empleo, lo cual implica que mantiene una expectativa frente a ello.

Entonces como en vigencia de la lista se crearon empleos de idéntica clasificación que aquel para el cual concursó el accionante y, en ese interregno, se expidió la Ley 1960 de 2019, el fenómeno a examinar es el de la aplicación retrospectiva de la ley en tanto fue expedida luego de la convocatoria del concurso y de la conformación de la lista de elegibles, pero antes de su vencimiento.

<sup>19</sup> M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

<sup>20</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación No: 15001-23-33-000-2013 - 00563-02. Acción de tutela – Impugnación. Bogotá D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil catorce (2014)

309

## 6. Del caso concreto.

Mediante el Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 (fls. 12 a 25), la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC publicó la Convocatoria 433 de 2016, para proveer 2.470 cargos de empleos vacantes en el ICBF, el artículo 10 identificó los empleos, para el caso en controversia 762 Defensores de Familia Código 2125, Grado 17 (fl. 14).

Para la época el artículo 31 numeral 4° de la Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones" invocado como facultad en la convocatoria (fl. 12) era del siguiente tenor:

"...El proceso de selección comprende:

(...)

2. Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso." (Subrayado fuera de texto)<sup>21</sup>

Igualmente, los artículos 63 y 64 de la convocatoria dispusieron, el primero la recomposición de las listas de elegibles de manera automática cuando los elegibles no tomen posesión en orden de mérito, no acepten el nombramiento o no se posesionen en el término legal, o sean excluidos y, el segundo dispuso la vigencia de la lista por dos (2) años.

Finalizada la etapa clasificatoria y eliminatoria del concurso de méritos en mención, la CNSC emitió la Resolución No. CNSC 20182230072575 el 17 de julio de 2018 (fls. 26 y s.s.) "Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer doce (12) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 34262, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 ICBF" conformada por 96 personas, entre las que el accionante ocupó el puesto 16, confirmó la vigencia por dos años.

El Decreto 2138 del 22 de diciembre de 2016 expedido por el Gobierno Nacional "Por el cual se aprueba la creación de una planta de personal de carácter temporal en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras" en su artículo 1° dispuso:

ARTICULO 1°. Crear una planta de personal de carácter temporal en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras",

<sup>21</sup> Texto que, en iguales condiciones fue recogido por el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019.

con los siguientes empleos, dentro del periodo comprendido entre el 02 de enero de 2017 y el 31 de diciembre de 2017 así:

(...)

B. Fuente de Financiación: *Protección -Acciones para preservar y restituir el ejercicio integral de los derechos de la niñez y la familia:*

(...)

NUMERO DE CARGOS	DENOMINACIÓN CARGO	Código	Grado
(...)			
328 Trescientos veintiocho	Defensor de Familia	2125	17

ARTICULO 3º: Los empleos de carácter temporal, creados en el presente decreto, deberán dirigirse al cumplimiento de las funciones que dieron lugar a la creación de los mismos, de conformidad con lo señalado en la Ley 909 de 2004 y el Decreto número 1083 de 2015 y proveerse en los términos señalados en la Ley y la Sentencia C-288 de 2014. (...)” Subrayado fuera de texto.

La Sentencia **C-288 de 2014** se ocupó de estudiar la constitucionalidad parcial del artículo 21 de la Ley 909 de 2004, en particular el siguiente aparte subrayado:

#### ARTÍCULO 21. EMPLEOS DE CARÁCTER TEMPORAL.

De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

(...)

3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.”

Luego de examinar el carácter de los empleos temporales y los principios constitucionales de la carrera administrativa señaló en sus consideraciones:

**“3.6.2.5.2. Constitucionalidad de la interpretación en virtud de la cual no existe una completa discrecionalidad del nominador, sino que por el contrario, el mismo está limitado por los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad**

*El mecanismo de ingreso a los empleos temporales es un desarrollo de la función pública, por lo cual en relación con el mismo no existe una completa discrecionalidad del nominador, sino que por el contrario se encuentra limitado por los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, teniendo en cuenta que, tal como se expresó en el capítulo de 3.5 de esta sentencia, todas las formas de ingreso al empleo público están limitadas por los principios de la función pública.*

En este sentido, se considera plenamente justificado que exista un procedimiento distinto al concurso público para la provisión de los empleos temporales, pero la salvaguarda del principio de eficacia no justifica que el nominador pueda actuar de manera arbitraria y sin ningún límite en el establecimiento del procedimiento para la selección de los servidores públicos.

La norma demandada no autoriza la discrecionalidad del nominador para la selección del empleado temporal, como sucedería con los empleos de libre nombramiento y remoción, pues lo limita directamente por el mérito al exigir la evaluación de las competencias y capacidades de los candidatos.

En este sentido, mientras lo que caracteriza a los empleos de libre nombramiento y remoción es la discrecionalidad del empleador en el ingreso y retiro del funcionario, pues son por regla general empleos de dirección y confianza<sup>22</sup>, el fundamento de los cargos temporales no es la discrecionalidad, sino la necesidad de consagrar un procedimiento ágil que permita solucionar transitoriamente necesidades de la función pública pero que a la vez salvaguarde el debido proceso administrativo, por lo cual, la primera opción deberá ser la utilización de la lista de elegibles y en su defecto se deberá realizar un proceso para la evaluación de las competencias y capacidades de los candidatos que en todo caso respete los principios de la función pública.

Por lo anterior, se considera que la única interpretación compatible con la Constitución implica reconocer que no existe una absoluta discrecionalidad del nominador, sino que por el contrario el mismo está limitado por los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad

### **“3.6.3. La aplicación de los principios de la función pública en el ingreso a los empleos temporales**

La interpretación constitucional de la expresión demandada de acuerdo a los principios de la función pública, exige el cumplimiento de los siguientes parámetros mínimos para garantizar la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad del proceso de ingreso a los empleos temporales:

#### **3.6.3.1. Solicitud de las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil**

El numeral 3° del artículo 21 de la Ley 909 de 2004 exige la aplicación de las listas de elegibles para la provisión de los empleos temporales, procedimiento que resulta fundamental para garantizar el principio constitucional del mérito y además otorga una solución eficaz para la provisión de estos cargos.

Según lo dispuesto en el literal e) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, la entidad encargada de conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles y de remitir a las entidades las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa es la Comisión Nacional del Servicio Civil. Si bien los empleos temporales no son de carrera administrativa, las listas que deben utilizarse para la provisión de estos

<sup>22</sup> Entre otras, las sentencias C-553 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-230 A de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-161 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán; C-1177 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-368 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-306 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-129 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; SU539 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

*empleos son las de la carrera administrativa, por lo cual las mismas deberán solicitarse a la Comisión Nacional del Servicio Civil<sup>23</sup>.*

*Por lo anterior, para la provisión de los empleos temporales los nominadores deberán solicitar las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil anexando como mínimo la información exigida en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004 para el diseño del empleo, es decir:*

- “a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;*
- b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;*
- c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales”.*  
*(Subrayado fuera de texto)*

De lo hasta acá expuesto se tiene que, conforme a la única interpretación compatible con la Constitución realizada por la Corte Constitucional en la sentencia acabada de transcribir, para proveer empleos temporales **creados** en la planta temporal, **el nominador tenía el deber de acudir, en primer lugar, a la lista de elegibles.**

Vista la certificación que obra a folio 10, el accionante estuvo vinculado en el cargo de Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 como “supernumerario” desde el 16 de diciembre de 2016 hasta el 15 de agosto de 2017; y **en provisionalidad desde el 18 de agosto de 2017 hasta el 7 de enero de 2019.** Conforme lo señala el hecho primero de la demanda (fl. 1) **el retiro ocurrió como consecuencia de la posesión de quien superó el concurso de méritos en el que también participó el ahora accionante.**

Si así ocurrieron los hechos, concluye la Sala, que si quien reemplazó al accionante se posesionó hasta el **7 de enero de 2019** como consecuencia del concurso en el que los dos participaron – el accionante y el posesionado – el posesionado ocupaba cuando menos un puesto superior, pero no los doce convocados por el concurso pues, la provisionalidad del accionante, únicamente era viable una vez provistos, se repite, los doce de la convocatoria. Nada justifica entonces que en iguales términos se hubiera procedido frente al accionante.

Ahora, el Decreto 1479 de 2017 “Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras” y se dictan otras disposiciones.”, en su artículo 3º dispuso “Las funciones propias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras” serán cumplidas por la planta de personal que se

<sup>23</sup> Este criterio ha sido sostenido por la Comisión Nacional del Servicio Civil en la circular CNSC 001 del 29 de enero de 2013.

311

establece a continuación: (...)” y contempló en la Planta Global 1417 cargos de Defensor de Familia Código 2125 Grado 17.

El 22 de noviembre de 2018 la CNSC, mediante la Resolución No. 20182230156785 (fls. 31 a 33), revocó el artículo 4° de todos los actos administrativos que conformaron listas de elegibles, **incluyendo el de la OPEC 34262** en la que participó el accionante. Decía tal norma de la convocatoria:

*“ARTÍCULO CUARTO. - Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados”. - Resalta la Sala-*

Lo anterior al considerar que su redacción contrariaba lo dispuesto en la Sentencia SU-446 de 2011, el Decreto 1894 de 2012 que fuera compilado en el Decreto 1083 de 2015, normas que únicamente convalidaban el uso de la lista.

Sea dicho que la Sentencia SU-446 de 2011, fue dictada en el marco de **acciones de tutela acumuladas por similitud fáctica** y giró en torno 6 convocatorias para proveer 4.697 cargos de carrera para diferentes empleos de la Fiscalía General de la Nación, conforme al reglamento de concursos de la entidad, contenido en el Acuerdo 01 de 2006. Esta sentencia de **tutela** tuvo efecto *inter comunis*, **es decir efectos para las partes involucradas en ese concurso en particular** y allí se precisó que:

*“...En ese sentido, es claro que las reglas del concurso son invariables tal como lo reiteró esta Corporación en la sentencia SU-913 de 2009 al señalar “...resulta imperativo recordar la intangibilidad de las reglas que rigen las convocatorias de los concursos públicos para acceder a cargos de carrera en tanto no vulneren la ley, la Constitución y los derechos fundamentales en aras de garantizar el derecho fundamental a la igualdad, así como la inmodificabilidad de las listas de elegibles una vez éstas se encuentran en firme como garantía de los principios de buena fe y confianza legítima que deben acompañar estos procesos.”<sup>24</sup>*

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

Lo anterior, sin embargo, a juicio de esta Sala no incide en las condiciones del concurso que da lugar a esta acción pues, aún admitiendo la revocatoria parcial de la convocatoria años después de culminado el concurso para variar sus condiciones,

<sup>24</sup> *Ibidem*, pág 129.

lo cierto es que la Ley 909 de 2004, continuaba regulando el derecho consolidado en la lista, bajo el marco del artículo 10 numeral 4° que preceptuaba:

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

Y es que, en este caso, el concurso se efectuó para el cargo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17; este mismo empleo fue creado luego con carácter temporal y ya se explicó que, en la Sentencia C-288 de 2014, a juicio de la Corte al examinar la constitucionalidad del artículo 21 de la Ley 909 de 2004, mientras existiera lista de elegibles debían proveerse las vacantes de los cargos creados fuera del concurso, usando en primer lugar la lista de elegibles. En estas condiciones, **si los mismos cargos**, antes temporales se convierten en permanentes, la misma razón de hecho y de derecho ha de aplicarse.

Ahora bien, la Ley 1960 de 2019<sup>25</sup>, en su artículo 6° modificó el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, así:

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

Entonces, como a la fecha de expedición de la Ley 1960 de 2019 artículo 6° aún no se había consolidado la expectativa de nombramiento y en ella se dispuso que “...las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.”, serían provistas con las listas de elegibles vigentes, no queda duda que esa norma gobernaba la situación del accionante y por ello al ocupar un puesto en la lista de elegibles que daba lugar a su nombramiento, ahora en un cargo permanente de la planta global, esa lista no podía ser reemplazada por otra conformada mediante concurso interno en tanto, se reitera, la Sentencia C-288 de 2014, señaló que “...la primera opción deberá ser la utilización de la lista de elegibles y en su defecto se deberá realizar un proceso para la evaluación de las competencias y capacidades...”

---

<sup>25</sup> “Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”.

A juicio de esta Sala era aplicable la retrospectividad, interpretación que, adicionalmente, permite la protección de derechos fundamentales y, por ello, amerita ser acogida, bajo la óptica de la **existencia de cargo vacante para el cual fue convocado el concurso**, el cual coincide con la aclaración al “**CRITERIO UNIFICADO**” de la Sala Plena de la Comisión Nacional del Servicio Civil en el que se señaló:

*“...Así mismo, en las razones de derecho del criterio se menciona que desde el Decreto 1894 de 2012, las listas solo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generarán en los mismos empleos inicialmente provistos.*

*En ese sentido, y con el propósito de dar claridad sobre lo determinado en el criterio, respecto al uso de las listas expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, se precisa que la expresión “vacantes ofertadas” cobija tanto a las que fueron objeto del proceso de selección como para las vacantes que se generen con posterioridad a la convocatoria y que correspondan a los “mismos empleos” entendiéndose por estos, los empleos que poseen los mismos componentes de: denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito y funciones.” (fl. 54) (Resaltado y subrayado fuera de texto)*

En efecto, como se precisó en el marco jurisprudencial de esta sentencia, aquellas situaciones jurídicas consolidadas seguirán siendo reguladas por la legislación que desde un principio las gobernó; pero aquellas las que surgieron bajo la protección de la norma anterior y se consolidaron bajo la norma posterior, se siguen por esta última.

Bajo esta premisa, la Sala encuentra que es dable aplicar retrospectivamente la Ley 1960 de 2019 al accionante, puesto que su situación – ingreso al servicio público - no se encuentra consolidada como consecuencia de la Convocatoria 433 de 2016.

Analizado en conjunto el acervo probatorio allegado al expediente, considera la Sala no existe discusión alguna sobre los siguientes hechos:

- i. Fabián Orlando Orjuela Ramírez, ocupó la posición 16 dentro de la lista de elegibles para ocupar el cargo de Defensor de Familia Grado 17 Código 2125 en el Centro Zonal Tunja, ofertado en la OPEC 34262;
- ii. Las personas que figuran en las primeras quince posiciones de la lista ya fueron nombradas;
- iii. Con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016, se generaron cinco vacantes definitivas para el cargo de **Defensor de Familia Grado 17 Código 2125**, en la Regional Boyacá, con **características idénticas** a las de la OPEC 34262, provistos **en provisionalidad**, tal como se lee en el artículo 6° de la Resolución No. 7781 del 5 de septiembre de 2017(fl. 185

a 191), es decir, desconociendo la lista de elegibles. De los tres nombrados dos de ellos no se encuentran en la lista de elegibles y el señor Hamón Naranjo ocupó el puesto 20 luego del accionante que ocupó, para entonces, el puesto 16 (fl. 26 vto.)

En criterio de la Sala, el proceder del ICBF, no atiende a los principios fundamentales de acceso a la carrera administrativa por meritocracia, en especial el artículo 125 de la Constitución Política, tratados ampliamente en la citada Sentencia C-288 de 2014 que, por su utilidad al caso se trascibe de forma extensa, pues recogen nutrida jurisprudencia de esa Corte sobre este tópico:

### **3.5.1. LOS PRINCIPIOS ESPECÍFICAMENTE APLICABLES A LA CARRERA ADMINISTRATIVA**

*La Corte Constitucional ha reconocido que la carrera administrativa se rige por los principios de la administración y en especial por los de igualdad, mérito y estabilidad<sup>26</sup>, los cuales se analizarán a continuación:*

#### **3.5.1.1. Principios de la función pública**

*La carrera administrativa, tal como la concibió el Constituyente de 1991, permite que la función pública sea desarrollada por personas calificadas y "bajo la vigencia de los principios de eficacia, eficiencia, moralidad, imparcialidad y transparencia"<sup>27</sup>.*

*En este sentido, existe una estrecha relación entre el cumplimiento de los fines del Estado y la prioridad que el constituyente otorga a la carrera administrativa, "que se explica en la naturaleza del sistema y en los principios que lo fundan"<sup>28</sup>, dado que "la operatividad material de los sistemas de carrera administrativa impide la reproducción de prácticas clientelistas y otras formas de favorecimiento a través de la concesión irregular de empleos estatales, comportamientos estos que alejan a la función pública de la*

<sup>26</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-954 de 2001. M. P. Jaime Araujo Rentería: "Además de los principios de moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la carrera administrativa deberá desarrollarse fundamentalmente en los siguientes:

- Principio de igualdad, según el cual para el ingreso a los empleos de carrera se brindará igualdad de oportunidades, sin discriminación de ninguna índole, particularmente por motivos como credo político, raza, religión o sexo; de la misma forma, para el ascenso, la estabilidad y la capacitación de quienes pertenezcan a la carrera, las organizaciones y entidades garantizarán que los empleados participen con criterio de igualdad y equidad.

- Principio del mérito, según el cual el acceso a cargos de carrera, la permanencia en los mismos y el ascenso estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas y la experiencia, el buen desempeño laboral y la observancia de buena conducta de los empleados que pertenezcan a la carrera y de los aspirantes a ingresar a ella."

De igual forma, el funcionario de carrera goza de una garantía de permanencia en su cargo, en armonía con el artículo 53 de la Carta, la cual, sin embargo, está sujeta a la ocurrencia o no de las situaciones previstas en el artículo 125 superior, que consagra los eventos en que procede el retiro del servidor público inscrito en carrera administrativa, a saber: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley

<sup>27</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>28</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-954 de 2001. M. P. Jaime Araujo Rentería.

313

satisfacción del interés general y del cumplimiento de los fines esenciales del Estado<sup>29</sup>.

En este orden de ideas, la Corte ha puntualizado que existe “una relación intrínseca” entre la carrera administrativa y el cumplimiento de los fines esenciales de la administración pública, al punto que, según la Corporación, el fundamento constitucional de la carrera administrativa se encuentra en los artículos 125 y 209 superiores, ya que, en ausencia de los criterios de mérito y eficiencia, “la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales ni podrá ser desarrollada con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”<sup>30</sup>.

### 3.5.1.2. Principio de igualdad

El numeral 7 del artículo 40 de la Constitución Política establece el derecho fundamental de todo ciudadano a participar en condiciones de igualdad en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede, entre otras, tener acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, acogiéndose a las reglas del concurso público y con sujeción a los méritos y calidades propios (C.P. art 125). Esta posibilidad se deriva de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, reconociendo la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, declara que pueden acceder “a todas las dignidades, todos los puestos o empleos, según su capacidad y sin otra distinción que aquella de sus virtudes y talentos”<sup>31</sup>.

De ahí que haya precisado la Corte que el principio de igualdad está en contradicción con cualquier regulación que establezca requisitos ajenos al mérito y capacidad de los participantes, sin suficiente fundamento objetivo o que las pruebas no sean valoradas en forma razonable y proporcional a su importancia, teniendo en cuenta el cargo a proveer, pues con ello se estaría obstruyendo el derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad<sup>32</sup>.

Con relación al principio de igualdad de oportunidades, tiene dicho la jurisprudencia de la Corte<sup>33</sup>, que consiste en la posibilidad que tienen todas las personas para compartir la misma posibilidad de conseguir un empleo, así luego, por motivos justos, no se obtengan las mismas posiciones o no se logre la aspiración deseada. Por ello, la posibilidad de acceso a los empleos estatales, bajo el régimen de carrera, permite que las expectativas que tienen aquéllas se concreten en el reconocimiento de iguales oportunidades, sin que les sea permitido a las autoridades otorgar tratos preferentes, sin justificación objetiva<sup>34</sup>.

Tratándose de la relación de la carrera administrativa con el derecho a la igualdad, la Corporación ha indicado que “el acceso a la carrera mediante

<sup>29</sup> Sentencias de la Corte Constitucional C-315 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño y C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>30</sup> Sentencias de la Corte Constitucional C-901 de 2008, M. P. Mauricio González Cuervo y C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>31</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-901 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>32</sup> Sentencias de la Corte Constitucional C-211 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Ver además entre otras, las Sentencias C-555 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-507 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-245 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell; SU-250 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-741 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-153 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-155 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-647 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz; C-292 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-808 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-973 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-421 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-1040 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-901 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>33</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-023-1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>34</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-1381 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes es una manifestación concreta del derecho a la igualdad” que se opone al establecimiento de “requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes”, pues, en tal evento, se erigirían “barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales”<sup>35</sup>.

En este sentido, “la posibilidad de acceso a los empleos estatales, bajo el régimen de carrera, permite que las expectativas que tienen (las personas) se concreten en el reconocimiento de iguales oportunidades, sin que les sea dado a las autoridades otorgar tratos preferentes” o carentes de “justificación objetiva”<sup>36</sup> e implica, por lo tanto, “que las convocatorias sean generales y que los méritos y requisitos que se tomen en consideración tengan suficiente fundamentación objetiva y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca”<sup>37</sup>.

En todo caso, un trato legal diferente no implica automáticamente una violación de la igualdad, siempre y cuando el Legislador persiga objetivos constitucionales legítimos y la diferencia de trato constituya un medio adecuado, proporcionado y razonable para la consecución de la finalidad perseguida<sup>38</sup>. El principio de la igualdad no puede ser entendido como una prohibición de las diferencias, sino como una exigencia de que las distinciones que se establezcan tengan una justificación objetiva y razonable. En otras palabras, el principio de igualdad tan sólo veda la arbitrariedad en las diferencias de trato<sup>39</sup>.

### 3.5.1.3. Principio del mérito

El constituyente de 1991 privilegió el mérito como el criterio que define la forma de acceso a la función pública y, en consecuencia, estableció el concurso público como la manera de establecerlo -salvo para los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los que determine la Ley-. Específicamente, el artículo 125 de la Carta autoriza al legislador para: (i) fijar requisitos y condiciones determinantes del méritos y calidades de los aspirantes; (ii) definir las causales de retiro -además de la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario y las señaladas por la Constitución- y prohíbe tomar la filiación política de los ciudadanos para determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción<sup>40</sup>. Al respecto, puntualizó:

De conformidad con la interpretación que de las disposiciones superiores ha realizado la Corte Constitucional, la carrera administrativa “se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público”, mérito que, en tanto elemento destacado de la carrera administrativa, comparte el carácter de regla general que a ésta le corresponde. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, los principios generales de la carrera administrativa se enfocan “todos ellos a la eficacia del criterio del mérito como factor definitorio para el acceso, permanencia y retiro del empleo

<sup>35</sup> Sentencias de la Corte Constitucional, Sentencia C-041 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> Sentencias de la Corte Constitucional C-041 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>38</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-527 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>39</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-126 de 1996. M.P. Fabio Morón Díaz.

<sup>40</sup> Sentencias de la Corte Constitucional C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-901 de 2008. M.P. Mauricio González Cuervo.

314

público<sup>41</sup> y, en esa medida, el artículo 125 superior establece el criterio del mérito como regla general<sup>42</sup>.

La Corte Constitucional se ha referido al mérito como fundamento consagrado en la Carta Política para el ingreso y ascenso a la carrera pública, en los siguientes términos:

*"La ratio iuris de una carrera no es otra que la de racionalizar la administración mediante una normatividad que regule el mérito para el ingreso, el ascenso, los concursos, la capacitación, las situaciones administrativas y el retiro del servicio. Con ello se objetiva el manejo del personal y se sustraen los empleos de factores subjetivos. La idea de "mérito" es la piedra de toque del ingreso a la carrera. Tal idea es heredera espiritual de las ideas platónicas acerca del filósofo-rey. (Corte Constitucional C-071 del 25 de febrero de 1993. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero)<sup>43</sup>.*

*Esto significa entonces, que el mérito, es la condición esencial para el ingreso, permanencia y la promoción en la función pública, y que le corresponde al Legislador la determinación del régimen jurídico correspondiente, señalando el sistema de nombramiento, los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes así como las causales de retiro del servicio oficial, para lo cual goza de un amplio margen de configuración dentro de los límites que impone la carrera como principio del ordenamiento superior y el marco constitucional fijado para desarrollar este criterio que ha sido determinado por la jurisprudencia constitucional<sup>44</sup>.*

#### **3.5.1.4. Principio de estabilidad**

*Este principio, entendido como "la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo,"<sup>45</sup> constituye un factor esencial de protección para el trabajador y, en cuanto se refiere a los servidores públicos, se instituye también en una forma de garantizar la eficacia en el cumplimiento de las funciones confiadas al Estado<sup>46</sup>.*

*La Corte sobre este mismo punto ha afirmado que "...el principio general en materia laboral para los trabajadores públicos es la estabilidad, entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo. (...) Esa estabilidad resulta ser esencial en lo que toca con los empleos de carrera, ya que los trabajadores inscritos en ella tan solo pueden ser separados de sus cargos por causas objetivas, derivadas de la evaluación acerca del rendimiento o de la disciplina del empleado"<sup>47</sup>.*

*De conformidad con el principio de estabilidad plasmado en los artículos 53 y 125 constitucionales, todos los trabajadores, ya sea que estén vinculados al sector privado o que se trate de servidores del Estado pertenecientes al sistema*

<sup>41</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-315 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>42</sup> Sentencias de la Corte Constitucional C-349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>43</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-011 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara.

<sup>44</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-753 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería y SU – 086 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>45</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-479 de 1992, MP: José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

<sup>46</sup> Sentencias de la Corte Constitucional C-048 de 1997, MP: Hernando Herrera Vergara y C-838 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>47</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero y C-501 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

*de carrera, tienen una expectativa cierta y fundada de conservar el empleo en cuanto cumplan con sus obligaciones laborales.<sup>48</sup>*

*En todo caso, la Corte ha igualmente precisado que la estabilidad laboral no configura un derecho fundamental y, en principio, no forma parte del núcleo esencial del derecho al trabajo. De suerte que, la estabilidad laboral, por regla general, no es objeto de protección a través de la acción de tutela, a menos que, por circunstancias especiales y dada su conexidad inescindible con un derecho fundamental y con otros principios, derechos y valores previstos en la Constitución sea procedente la protección reforzada de determinados trabajadores<sup>49</sup>.*

*En el mismo orden de ideas la Corte ha señalado que el derecho a la estabilidad puede ser restringido para garantizar la vigencia de bienes constitucionales como por ejemplo la igualdad de oportunidades y los derechos de participación política, respetando en este, como en todo ejercicio de la potestad de configuración normativa por el Legislador los principios de racionalidad y proporcionalidad<sup>50</sup>.*

*En este sentido, ha de tenerse en cuenta que el referido principio no implica una inamovilidad absoluta e injustificada en el trabajo<sup>51</sup>, pues por medio del sistema de la evaluación en el desempeño y la calificación de los servicios se puede determinar la permanencia o no en el empleo<sup>52</sup>...” Subrayado fuera de texto.*

Así se concluye que las nuevas vacantes permanentes creadas para el empleo de Defensor de Familia Grado 17 Código 2125 dentro de la Regional Boyacá, deben ser ocupadas por aquellas personas que conformen las listas de elegibles vigentes para dichos cargos, situación en la cual se encuentra el accionante.

Conforme lo aquí expuesto, la sentencia de primera instancia será confirmada.

Por último, en lo que tiene que ver con la situación personal o laboral expuesta por el tercero interviniente Luis Fernando Hamon Naranjo, tanto el accionante como él participaron en igualdad de condiciones, ocupando en la lista de elegibles los puestos 20 y 16, respectivamente, fue la razón por la cual la a-quo lo vinculó a la acción en el auto admisorio (fls.83 y s.s.), advirtiéndole que ocupa **uno de los tres cargos provistos en provisionalidad.**

Ahora, la sentencia ordenó **proceder al nombramiento del accionante en período de prueba en uno los cargos vacantes** creados mediante el Decreto 1479 del 4 de

---

<sup>48</sup> Sentencias de la Corte Constitucional, C-479 de 1992. MP: José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero. La Corte declara inexecutable una norma dictada en desarrollo de facultades extraordinarias que establecía un sistema especial de retiro para empleados de carrera con declaratoria de insubsistencia e indemnización o retiro voluntario con compensación, por violar el principio de estabilidad consagrado en el artículo 125 Superior.

<sup>49</sup> Sentencias de la Corte Constitucional T-678 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-575 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil. En el mismo sentido C-714 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y C-734 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>50</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-734 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>51</sup> Corte Constitucional. M.P. Vladimiro Naranjo

<sup>52</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-1381 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

315

septiembre de 2017 denominado Defensor de Familia código 2125 grado 17, como el interviniente ocupa uno de los empleos es claro que el mismo no está vacante, en tales condiciones, existen dos empleos en los que no se ha nombrado a nadie y dos ocupados provisionalmente con personas que no concursaron.

Lo anterior es suficiente para señalar que huelga examinar las condiciones subjetivas del señor Hamon Naranjo, circunstancia que habrá de ser valorada, únicamente, en caso de que el cumplimiento de esta sentencia llegue a afectarlo de manera directa. En ese escenario habría lugar a valorar las condiciones particulares del vinculado, pero ahora, no pasaría de ser una especulación, pues la accionada a esta altura no ha probado, siquiera, que haya iniciado los trámites ante la CNSC para que se le autorice el uso de la lista de elegibles, como fue ordenado y mucho menos se puede determinar en cuál de los cargos vacantes será designado el accionante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

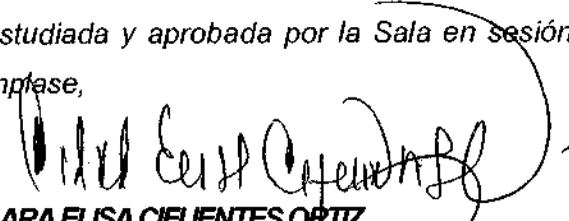
**FALLA:**

**Primero.** Confirmar la sentencia proferida el 5 de febrero de 2020 por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, en la acción de tutela iniciada por Fabián Orlando Orjuela Ramírez, por lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

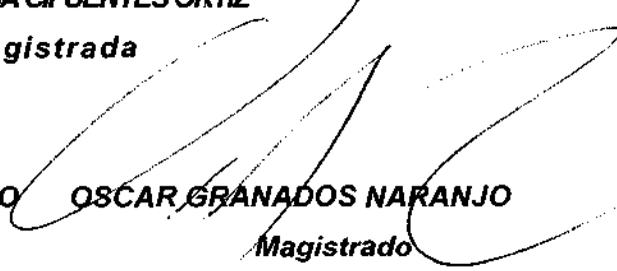
**Segundo.** Notificar a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 o por cualquier medio tecnológico idóneo a disposición de la secretaría de ésta Corporación.

**Tercero.** En firme la providencia, enviar el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión conforme al mandato del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha. Notifíquese y cúmplase,

  
**CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ**  
Magistrada

  
**JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO**  
Magistrado

  
**OSCAR GRANADOS NARANJO**  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CINCUENTA Y CINCO (55) ADMINISTRATIVO  
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D. C., seis (6) de mayo de dos mil veinte (2020)

<b>ACCIÓN:</b>	<b>TUTELA</b>
<b>PROCESO N°:</b>	<b>11001-33-42-055-2020-00079-00</b>
<b>ACCIONANTE:</b>	<b>MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ</b>
<b>ACCIONADOS:</b>	<b>COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF; UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (vinculados).</b>
<b>ASUNTO:</b>	<b>SENTENCIA N°. 029</b>

Procede el Despacho a proferir sentencia dentro de la **acción de tutela** instaurada por el señor **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N°. 1.095.916.652 de Girón - Santander, en nombre propio, en contra de la **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC** y el **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, Universidad de Medellín y Ministerio de Hacienda y Crédito Público (vinculados)**, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y al acceso a cargos públicos.

**I. OBJETO**

El accionante pretende:

- 1. Que se me tutelen los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo, acceso a cargos públicos debido a la puesta en peligro de estos por parte de el (sic) INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF" y la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC.*
- 2. Se ordene a la CNSC y al ICBF que en el termino (sic) de 48 horas siguientes al fallo de tutela, realicen los tramites (sic) administrativos pertinentes para que se de (sic) cumplimiento a lo ordenando en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles Resolución No. CNSC 20182230084005 del 10/08/2018, la cual adquirió firmeza el día 27/08/18; "Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer ciento seis (106) vacantes del empleo identificado con el código OPEC No. 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del sistema general de carrera administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, convocatoria No. 433 de 2016-ICBF"; para que me nombren y posesionen en las más de las setenta y seis (76) vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017 en la ciudad de Bogotá D.C., y así evitar un perjuicio irremediable.*
- 3. De no prosperar la pretensión del numero dos (02) ya sea porque el juez constitucional aplique en el fallo efectos inter comunis y por ende se agoten las vacantes establecidas en la ciudad de Bogotá D.C., bajo el criterio de mejor derecho sobre la Resolución No. CNSC 20182230084005 del 10/08/2018, la cual adquirió firmeza el día 27/08/18; solicito que se aplique por inconstitucionalidad el criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019, proferido por la CNSC el*

*1 de agosto del 2019, por lo expuesto en la parte de FUNDAMENTOS JURÍDICOS en lo que respecta a la tesis de la sentencia de la Corte Constitucional T-180/15, produciendo per sé que me nombren y posesionen en las más de 328 cargos creados para Defensor de Familia por medio del Decreto 1479 de 2017 y que actualmente se encuentran en VACANCIA DEFINITIVA, y de ser en lo posible en departamentos como Cundinamarca, Antioquia, Santander y Atlántico por que son territorios que en un hipotético caso no afectarían mi núcleo familiar.*

## II. HECHOS

De los hechos narrados, se destacan:

1. El accionante se inscribió el 18 de diciembre de 2016 a la convocatoria número 433 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF al cargo identificado con la OPEC 34242 Nivel: profesional, Denominación: Defensor de Familia, Código: 2125 y Grado: 17, donde se ofertó 106 vacantes para el municipio de Bogotá D.C., dicha Convocatoria se hizo mediante el Acuerdo 20161000001376 de 2016 emanado por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC.
2. Presentó y aprobó las pruebas realizadas por la Universidad de Medellín el día 3 de septiembre de 2017, cuyos resultados fueron publicados hasta el mes de octubre de la misma anualidad. Después de realizada la etapa de valoración de antecedentes obtuvo un puntaje global de 66.78 puntos, quedando en el lugar 190.
3. Señaló que, el día 16 de agosto del año 2018, la CNSC publicó la lista de legibles para la OPEC; mediante la Resolución No. CNSC 20182230084005 del 10/08/2018, la cual adquirió firmeza el día 27/08/18; en dicha lista de elegibles el accionante ocupa el puesto 190.
4. Agregó que, el ICBF creó 328 cargos de Defensor de Familia por medio del Decreto 1479 de 2017, que actualmente se encuentran en vacancia definitiva. Igualmente, indicó que la Corte Constitucional y la normatividad establecen que no pueden haber vacantes definitivas siempre que hayan listas vigentes, es así, que el accionante el 4 de febrero de 2020 radicó petición ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, peticionando lo siguiente: “i. Que basados en el Acuerdo 562 de 2016 de la CNSC y en las demás normas que rigen para el uso de las listas de elegibles conformadas para un empleo con OPEC específica, se haga uso de la lista elegibles para la OPEC 34242 Nivel: profesional, Denominación: defensor de familia Código 2125 Grado 17 donde se ofertó 106 vacante para el Centro Zonal Bogotá D.C, emitida mediante la Resolución No. CNSC – 20182230084005 del 10- 08-2018, la cual adquirió firmeza el día 27/08/18. En dicha lista de elegibles, yo ocupó el lugar 190 y que, en consecuencia, de ello, se proceda a efectuar mi nombramiento en periodo de prueba en la otra vacante (que está en vacancia definitiva) de Defensor de familia existente en el Centro Zonal en Bogotá D.C., por estar de en la lista de elegibles de la OPEC 34242 Nivel: profesional, Denominación: defensor de familia Código 2125 Grado 17.; ii. Se me informe porque se van a apartar de la providencia: Sentencia de segunda instancia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca de fecha: 18 de noviembre del 2019, bajo el radicado No. 76001333302120190023401, en caso de no acceder a mi petición principal señalándome las razones de hecho y de derecho; iii. Se me informe de la lista de elegibles de la Resolución No. CNSC – 20182230084005 del 10-08-2018, la cual adquirió firmeza el día 27/08/18, cuantas personas han sido nombradas en las 106 vacantes ofertadas en la Comisión Nacional del Servicio Civil que convocó a Concurso para el ICBF 433 – ICBF y iv. Se me informe cuantas personas están ocupando cargos en calidad de: Provisionalidad y encargos del empleo

*Denominado: defensor de familia Código 2125 Grado 17, de conformidad al DECRETO 1479 DE 2017, discriminándome cuantos en la ciudad de Bogotá y cuantos a nivel nacional”.*

5. Finalmente sostuvo que, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF" mediante radicado SIM 1761751814 de fecha 25 de febrero de la presente anualidad, negó las solicitudes.

### III. ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto de 23 de abril de 2020, el Despacho admitió la presente acción y ordenó notificar a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF** y se ordenó vincular a la **UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN**, así como, a los demás integrantes de la lista de elegibles que figuran en la Resolución N°. 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, OPEC 34242, del Nivel: Profesional, Denominación: Defensor de Familia, Código: 2125 y Grado: 17; y a las personas que actualmente ocupan cargos en el ICBF, en el Nivel: Profesional, Denominación: Defensor de Familia, Código: 2125 y Grado: 17, de conformidad con la ampliación de la planta, dispuesta en el Decreto 1479 de 2017 (fl.49); notificación que se efectuó el 23 de abril de 2020, tal como obra en el expediente, visible a folio 51.

Posteriormente, con auto de 28 de abril de 2020, se ordenó vincular al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**. De otra parte, se ordenó notificar por intermedio de las entidades accionadas CNSC e ICBF, a los demás integrantes de la lista de elegibles de la Resolución N°. 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, OPEC 34242, del Nivel: Profesional, Denominación: Defensor de Familia, Código: 2125 y Grado: 17; y a las personas, que actualmente ocupan cargos en el ICBF, en el Nivel: Profesional, Denominación: Defensor de Familia, Código: 2125 y Grado: 17, de conformidad con la ampliación de la planta.

### IV. RESPUESTA DE LA ACCIONADA

#### • **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC**

La entidad contestó la demanda vía correo electrónico el 27 de abril de 2020, y manifestó que desconoce las acciones adelantadas por el ICBF, respecto de su planta de personal con la expedición del Decreto 1479 de 2017, y las peticiones que el accionante dirigió al ICBF.

Señaló que, es cierto que el accionante participó en el concurso de méritos, convocado mediante Acuerdo 20161000001376 de fecha 5 de septiembre de 2016, para el empleo identificado con el código OPEC N°. 34242, y que, una vez superadas las fases del concurso, se publicó la Resolución N°. CNSC – 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, en la cual el accionante ocupó la posición 190, con un puntaje de 66.78 puntos, sin embargo, los cargos disponibles eran 106, por lo que no había lugar a nombrarlo; precisando que el empleo N°. 34242, se encuentra provisto.

De igual forma, manifestó que los miembros de la lista, que no fueron nombrados, se encuentran en espera de que se generen nuevas vacantes del mismo empleo, siempre que se encuentre vigente la lista, esto es, hasta el 26 de agosto de 2020, especificando que los participantes de los concursos de méritos no cuentan con derechos adquiridos a obtener un empleo público, y simplemente son titulares de una expectativa que únicamente se materializa, cuando cumplen todos los requisitos legales y superan todas las etapas del proceso de selección.

Finalmente, la CNSC advierte que no tiene competencia alguna frente a la administración de plantas de personal, por lo que solicitó que se disponga la

desvinculación de dicha entidad, por falta de legitimación en la causa por pasiva y de manera subsidiaria solicitó no tutelar los derechos.

• **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF**

La entidad contestó la demanda vía correo electrónico el 27 de abril de 2020, expresó que la tutela presentada por la accionante se torna improcedente, toda vez que carece de subsidiaridad y no se configura un perjuicio irremediable, en atención a que ya se publicó la lista de elegibles y el 27 de agosto de 2018 adquirió firmeza, designándose a quienes ocuparon los 106 lugares de la lista, por ser la cantidad de cargos ofertados.

Considera que el cuestionamiento que se hace por parte del accionante, no es sobre la lista, sino de la no aplicación del numeral 6 de la Ley 1960 de 2019, que regula cargos a proveer por fuera de la convocatoria, la cual ya quedó agotada por haberse nombrado a los 106 participantes del listado de elegibles. En este sentido, manifestó que la aplicación de la ley en cita, requiere del cumplimiento de actos complejos y apropiaciones presupuestales, actuaciones coordinadas del ICBF con la Comisión Nacional del Servicio Civil, las cuales se vienen implementando a partir de enero de 2020.

Asimismo, advierte que la Ley 1960 de 2019, crea la posibilidad de ascenso para los empleados de carrera, por lo cual, se dispondrá del 30% de dichas vacantes y el resto se podrá ofertar, motivo por el que todo es un proceso de actuaciones administrativas y financieras, que se han venido adelantando, sin que hasta el momento exista nueva lista de elegibles aprobada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, motivos por los que solicita se declare improcedencia de la acción constitucional.

De manera posterior, el seis (6) de mayo de dos mil veinte (2020), el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF, a través de correo electrónico, agregó a la respuesta inicial tratando aspectos referentes a las actuaciones de la entidad para el uso de las listas, y de otra parte, hizo referencia al caso de la señora Amparo Forero Fonseca, quien solicitó ser coadyuvante; de esta manera señaló que en la Oferta Pública de Empleos de Carrera N°. 34242 (OPEC 34242), se ofertaron ciento seis (106) vacantes del empleo denominado Defensor de Familia Código 2125, Grado 17, de la cual resultó una lista de elegibles en la que la señora Amparo Moreno Fonseca ocupó la posición N°. 190.

Con relación al concepto de 16 de enero de 2020, de la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC, en el que emitió el criterio unificado “uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”, manifiesta que el ICBF ha adelantado las siguientes actuaciones:

**a. Verificación e identificación en la planta global, los empleos que cumplen con las características definidas en el criterio anterior (igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones,) y en especial la ubicación geográfica.**

**b. Se validaron las 1196 listas de elegibles conformadas dentro de la Convocatoria 433 de 2016,**

**c. Como resultado de lo anterior, se evidencia que para el empleo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 OPEC (34242) ofertado dentro de la Convocatoria 433 de 2016, en la que participaron el accionante, como la interviniente señora AMPARO MORENO FONSECA y hace parte de la lista de elegibles 20182230084005 del 10 de agosto de 2018, existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC.**

**d. Posteriormente se reportó y actualizó la OPEC, en el aplicativo Sistema de Apoyo para la igualdad, el mérito y la Oportunidad (SIMO), de**

**conformidad con lo expuesto en la Circular Conjunta No. 20191000000117 del 29 de julio de 2019.**

En atención a lo anterior, manifiesta que la entidad mediante oficio N°. 202012110000099591 de fecha 17 de abril de 2020, radicado en la CNSC con N°. 20203200500242, solicitó el uso de listas de elegibles para proveer las vacantes DEFINITIVAS que cumplen las condiciones del criterio unificado expedido por la CNSC, en especial la ubicación geográfica donde fue ofertado el empleo.

Así mismo, manifestó que se encuentran a la espera de la respuesta por parte de la CNSC, quienes informaran si existen elegibles que cumplan los requisitos para el uso de listas de los empleos que cumplan las condiciones de igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica, entre otros.

De otro lado, expuso que la Dirección de Gestión Humana del ICBF el 31 de marzo de 2020, con memorando interno N°. 20201210000060023, solicitó adelantar los trámites para el levantamiento previo concepto ante la Dirección General del Presupuesto Público de la Nación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de contar con los recursos para el pago a la CNSC del uso de listas de elegibles.

Con relación a la solicitud de reportar las vacantes definitivas con las que cuenta el ICBF del empleo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 OPEC 34242, se informa que solo se relacionaran las correspondientes a la ubicación geográfica para la cual la señora AMPARO MORENO FONSECA concursó, sin que ello signifique, que ella será nombrada en alguna de ellas, pues, se aclaró que el empleo debe coincidir con los demás criterios previamente señalados y respetando el estricto orden de elegibilidad. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se declare improcedente la acción de tutela, y en forma subsidiaria solicitó que ésta fuera negada.

• **UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN**

La accionada presentó contestación a la acción de tutela, en la que indicó que en cumplimiento del contrato N°. 332 de 7 de diciembre de 2016, suscrito con la Comisión Nacional del Servicio Civil, fue la encargada del desarrollo del proceso de selección del personal para la provisión de cargos en el Sistema General de Carrera del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF, publicado mediante la Convocatoria N°. 433 de 2016.

En este sentido, aduce que su labor se redujo a la consolidación de la información para la conformación de la lista de elegibles, por lo que considera que se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva, en el entendido, que no tiene control, competencia o conocimiento, para actuar en la expedición de la lista de elegibles, ni sobre el procedimiento de nombramiento o periodo de prueba, por lo que solicita que se le desvincule de la acción de tutela.

- **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, guardó silencio.

**PERSONAS QUE ACTUALMENTE OCUPAN CARGOS EN EL ICBF, EN EL NIVEL: PROFESIONAL, DENOMINACIÓN: DEFENSOR DE FAMILIA, CÓDIGO: 2125 Y GRADO: 17, DE CONFORMIDAD CON LA AMPLIACIÓN DE LA PLANTA.**

• **Ana Marcela Serje Ochoa**

En condición de Defensora de Familia, nombrada en provisionalidad en el Centro Zonal Valledupar N°. 2 de la Regional Cesar del ICBF, mediante escrito presentado el 30 de abril de 2020, señaló que el hecho primero no es cierto, que los nombramientos provisionales en los empleos creados por el Decreto 1479 de 2017,

se efectuaron como un mecanismo de provisión transitoria de dichas vacantes, mientras se surte el correspondiente concurso de méritos para su provisión definitiva, de acuerdo a lo señalado en el artículo 2.2.5.3.1 del Decreto 1083 de 2015, por lo que considera que los nombramientos en provisionalidad de las personas que actualmente ocupan las vacantes de los empleos creados por el Decreto 1479 de 2017 son legítimos, considerando que estos nombramientos se llevaron a cabo, luego de agotarse el proceso de encargos previsto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004.

Asimismo, sostuvo que las reglas de los concursos son inmodificables, por tanto, no puede ser usada la lista de la convocatoria N°. 433 de 2016, donde no se ofertaron ninguno de los empleos creados en el Decreto 1479 de 2017.

Finalmente, considera que la tutela no cumple con los requisitos de subsidiariedad, ni de perjuicio inminente, por lo que solicita que se declare su improcedencia.

- **Dina Margarita Ruiz Martínez**

En su condición de Defensora de Familia, Código 2125, Grado 17, en la Regional Cesar, Centro zonal Valledupar N°. 2 (nombrada en provisionalidad), mediante escrito presentado vía correo electrónico el 30 de abril del 2020, contestó la acción de tutela, expresó que solicita que se declare improcedente la acción de tutela.

Lo anterior, argumentando que el parágrafo 1° del artículo 62 del Acuerdo N° 20161000001376 de 5 de septiembre de 2016, establece taxativamente que *“las listas de elegibles solo se utilizarán para proveer los empleos reportados en la OPEC de la convocatoria, con fundamento en lo señalado en el Decreto 1894 de 2012 mientras este se encuentre vigente”*, y el parágrafo del artículo primero indicó que: *“El nombramiento efectuado en el presente artículo tendrá vigencia mientras se surte el proceso de selección necesario para proveer de manera definitiva el empleo de carrera, en los términos del artículo 2.2.5.3.1. del Decreto 1083 de 2015, norma que estaba vigente al momento de su posesión en el cargo”*.

De otro lado, señala que el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019, reza: *“La presente Ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias”*, razón por la cual, no se puede dar aplicación en este caso.

Asimismo se opone a los efectos *inter comunis*, manifestando que se puede ver afectada, y que se debe tener en cuenta que el 3 de octubre de 2019, puso en conocimiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar su condición de salud, mediante derecho de petición en el que solicitó se le concediera estabilidad laboral reforzada por padecer una enfermedad crónica *Lupus Eritematoso Sistémico*.

Igualmente, señaló que el 20 de enero de 2020 la CNSC, se expidió un nuevo criterio indicando que con base al principio de ultractividad de la ley, se hace referencia a la revocatoria del artículo 4, y no en aplicación de la ley 1960 de 2019, por lo que mal lo interpreta el accionante, al realizar tal afirmación teniendo en cuenta que de ser así, se estaría aplicando una Ley del año 2019 a una convocatoria del 2016, cayendo en la retroactividad de la ley, que esta proscrita en Colombia y que tal como lo establece el artículo 52 y 53 de la Ley 4 de 1913, las normas solo rigen para situaciones de hecho ocurridas con posterioridad a la fecha de su promulgación.

**INTEGRANTES DE LA LISTA DE ELEGIBLES QUE FIGURAN EN LA RESOLUCIÓN N°. 20182230084005 DE 10 DE AGOSTO DE 2018, OPEC 34242, DEL NIVEL: PROFESIONAL, DENOMINACIÓN: DEFENSOR DE FAMILIA, CÓDIGO: 2125 Y GRADO: 17**

- **Manuel Orlando Mena Zapata**

Actuando en nombre propio y en condición de inscrito en el concurso de méritos N°. 433 de 2016 ICBF, iniciado a partir del Acuerdo N°. 20161000001376 de 5 de septiembre del año 2016 expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante escrito del 28 de abril de 2020, solicitó que se le acepte como coadyuvante en la presente acción de tutela, por considerar que su caso es semejante al del accionante, debido a que se encuentra en la segunda posición de la lista de elegibles, cargo Profesional Universitario, identificado con OPEC 39458, Código 2044, Grado 11, ubicado en el municipio de Santiago de Cali - Valle del Cauca.

Aclaró que, no busca que se tutelen sus derechos, sino que, se amparen los del accionante, por considerar que las actuaciones de las accionadas vulneran los derechos de los ciudadanos participantes de la Convocatoria N°. 433 de 2016, por no darle aplicación a los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, para los aspirantes en listas de elegibles vigentes.

De igual forma, señaló que con el Decreto 1479 de 2017, fueron creadas 3.737 vacantes, que en la actualidad en provisionalidad, contrariando con ello el Plan de Desarrollo; así mismo, señaló que es inadecuada la no aplicación de la Ley 1960 de 2019 para convocatorias anteriores a la firma de la expedición, derivada de la interpretación de la CNSC y su presidente, de no aplicar efecto retrospectivo, ya que considera que con el comunicado de 16 de enero de 2020 de la CNSC, se crea confusión al asociar la fecha de 27 de junio de 2019, con el concepto "*mismos empleos*" concepto que es de facto similar, a "*vacantes para las cuales se efectuó el concurso*" según el mencionado comunicado CNSC, pero completamente diferente, al concepto "*cargos equivalentes*" mencionado en la Ley 1960 de 2019.

Igualmente, manifestó que con el Acuerdo N.º 0165 DE 2020, se evade una parte de la aplicación de la Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, que fue contraria a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, E INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF, número de radicación 76 0001 33 33 021 2019 00234 01, donde se declaró inconstitucional el Criterio 1 relacionado con el artículo 6 de la ley 1960 de 2019.

- **Wilson Alexander Panqueba Cely**

Solicitó su vinculación en la presente acción de tutela, argumentando que ocupa el puesto 164 de la Resolución N°. 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, con la cual se proveen 106 vacantes del empleo código OPEC 34242, denominado Defensor de Familia, código 2125, Grado 17, que adquirió firmeza, el 27 de agosto de 2018.

Es así que, manifestó que coadyuva la acción de tutela presentada por el actor, y por tanto, apoyándose en los fundamentos jurídicos y hechos presentados por este, por lo que solicita que se amparen sus derechos y se ordene a las accionadas que procedan a realizar su nombramiento.

- **Amparo Moreno Fonseca**

Solicitó ser adherida a la presente acción constitucional, para que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a empleos públicos, en atención a que participó en la convocatoria N°. 433 de 2016 y ocupó el puesto 161 de la lista de elegibles.

En ese entendido, reiteró lo dicho por el tutelante, y solicitó que las accionantes realicen los trámites administrativos pertinentes, para que se dé cumplimiento a lo ordenado en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles de la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, la cual adquirió firmeza el 27 de agosto de 2018.

## V. PRUEBAS

### • ACCIONANTE

1. Fotocopia de la Resolución N°. CNSC – 20182230084005 de 10-08-2018, (Lista de elegibles).
2. Fotocopia de la providencia de segunda instancia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca de fecha: 18 de noviembre de 2019, Radicado N°. 76001333302120190023401.
3. Fotocopia de la petición, de fecha: 4 de febrero del 2020, vía página web al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF.
4. Fotocopia de la respuesta del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, radicado SIM 1761751814 de fecha 25 de febrero de 2020.
5. Fotocopia del fallo del Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto del tres (3) de marzo del dos mil veinte (2020), radicado N°. 52001-33-33-009-2020-00032-00.
6. Fotocopia de respuesta del derecho de petición SIM 1761751843 de fecha 4 de febrero de 2020, donde establece las vacantes vigentes del cargo de Defensor de Familia a nivel nacional.
7. Fotocopia de la cédula de ciudadanía del actor.
8. Fotocopia de la tarjeta profesional del actor.
9. Fotocopia del registro civil de nacimiento de VGD, hija menor del accionante.

### • COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC

1. Reporte de inscripción del accionante a la Convocatoria N°. 433 de 2016 – ICBF.
2. Acuerdo N°. 20161000001376 de 5 de septiembre de 2016 *“Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente 2.470 empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF”*.
3. Lista de elegibles conformada mediante Resolución N°. CNSC - Resolución 20182230084005 de 10 de agosto de 2018.
4. Datos de los integrantes de la lista de elegibles.

### • EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF

Datos de los Defensores de Familia Provisionales, en archivo Excel.

### • Manuel Orlando Mena Zapata

Fotocopia de la cédula de ciudadanía.

### • Wilson Alexander Panqueba Cely

1. Fotocopia de la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, la cual adquirió firmeza el 27 de marzo de 2018.

2. Resolución N° 0622 de 31 de enero de 2019, por medio de la cual, se hace nombramiento de un cargo de provisional, suscrita por el Secretario General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
3. Resolución N° 01215 de 17 de febrero de 2020, por medio de la cual se hace un nombramiento en periodo de prueba y se dictan otras disposiciones, suscrita por el Secretario General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

• **Ana Marcela Serje Ochoa**

1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía.
2. Fotocopia de la Resolución N° 7781 de 5 de septiembre de 2017, por medio de la cual se hacen unos nombramientos en provisionalidad, suscrita por la Secretaría General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
3. Fotocopia de la Resolución N°. 0987 de 17 de febrero de 2017, por la cual se hacen unos nombramientos en empleos de carácter provisional, suscrita por la Secretaria General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF.
4. Fotocopia de la respuesta a la Acción de Tutela T-2020-00100 promovida por Sandra Patricia Ortiz contra la CNSC y el ICBF.

• **Amparo Moreno Fonseca**

1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía.
2. Fotocopia de la tarjeta profesional.
3. Fotocopia de la constancia de inscripción N°. 27920232 a la Convocatoria 433 de 2016, INSTITUTO COLOMBIANO DE BINESTAR FAMILIAR, generada por el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad, de fecha 24 de noviembre de 2016.
4. Fotocopia de la Resolución N°. CNSC 20182230084005 del 10 de agosto de 2018, la cual adquirió firmeza el 27 de marzo de 2018.

• **Dina Margarita Ruiz Martínez**

1. Fotocopia de la Resolución de nombramiento planta provisional de fecha 14 de diciembre de 2017.
2. Fotocopia de la cedula de ciudadanía.
3. Fotocopia de Derecho de petición elevada al Instituto Nacional de Bienestar Familiar.
4. Fotocopia de los fallos de tutela de segunda instancia del Tribunal de Neiva y fallo de primera instancia de tutela de Santiago de Cali.

## **VI. CONSIDERACIONES**

### **A. COMPETENCIA**

De conformidad con lo establecido en los artículos 1 del Decreto 1983 de 2017 y 37 del Decreto 2591 de 1991, y teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la entidad demandada, este despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela.

### **B. PROBLEMA JURÍDICO**

Estudiado el expediente, el despacho advierte que se centra en determinar, si se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a cargos públicos del señor **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, por parte del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF** y de la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC**, al no utilizar la lista de elegibles de la Resolución N°. CNSC – 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, para proveer una de las vacantes generadas, con la ampliación de la planta de personal del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF, autorizada mediante el Decreto 1479 de 2017.

### **C. ACCIÓN DE TUTELA**

Es preciso indicar que, el artículo 86 de la Constitución Política consagró la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

Por su parte, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991<sup>1</sup>, establece que este mecanismo sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la acción de tutela se utilice como un instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable; circunstancia que debe probarse para acceder a la protección aludida.

#### **1. PROCEDENCIA**

El Despacho reitera que la acción de tutela tiene carácter residual, vale decir, que procede en tanto el accionante no disponga de otros medios de defensa judicial para lograr la protección de sus derechos, en tal sentido, el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución dispone: *“Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*.

A su vez, el numeral 1° del artículo 6° del decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela no procederá: *“Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable...”*

Acentuando la anterior norma, la Corte Constitucional en Sentencia T-177 de 2011, establece: *“En los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional. La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; **no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona**; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”* (Negrillas fuera del texto).

---

<sup>1</sup> “Por el cual se reglamenta la acción de tutela”.

La norma y la jurisprudencia citada, nos indica que para amparar los derechos de una persona por medio de la acción de tutela, es necesario que exista una amenaza real, que no se disponga de otro medio, y/o que se encuentre en un estado de especial protección por parte del Estado.

## 2. SUBSIDIARIEDAD

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T- 076 de 2009, ha señalado reiteradamente que la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, haciendo énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección.

*(...) la acción de tutela no puede convertirse en un instrumento adicional o supletorio al cual se pueda acudir cuando se dejaron de ejercer los medios ordinarios de defensa dentro de la oportunidad legal, o cuando se ejercieron en forma extemporánea, o para tratar de obtener un pronunciamiento más rápido sin el agotamiento de las instancias ordinarias de la respectiva jurisdicción. Su naturaleza, de conformidad con los artículos 86 de la Carta Política y 6º numeral 1º del Decreto 2591 de 1991, es la de ser un medio de defensa judicial subsidiario y residual que sólo opera cuando no existe otro instrumento de protección judicial, o cuando a pesar de existir, se invoca como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, de manera que no puede utilizarse para remplazar los procesos judiciales o administrativos, pues su finalidad no es otra que brindar a las personas una protección efectiva, real y eficaz, para la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales. En consecuencia, riñe con la idea de admitirla a procesos administrativos o judiciales en curso o ya terminados, en cuanto unos y otros tienen mecanismos judiciales ordinarios para la protección de derechos de naturaleza constitucional o legal, que por lo tanto la hacen improcedente.* Negrillas fuera del texto

Es así que, la Corte Constitucional ha venido sosteniendo que la acción de tutela resulta improcedente cuando con ella se pretenden sustituir mecanismos ordinarios de defensa que no fueron utilizados a su debido tiempo o simplemente no han sido utilizados. Lo planteado así por la jurisprudencia, tiene como objetivo fundamental la racionalización del ejercicio de la acción de tutela, en orden a evitar que a través de este medio extraordinario de protección constitucional, las personas pasen por alto los mecanismos ordinarios de resolución de conflictos establecidos en el ordenamiento.

## 3. PERJUICIO IRREMEDIABLE

En relación con el perjuicio irremediable la Corte en Sentencia T-1316 de 2001, ha señalado:

*(...) En primer lugar, el perjuicio **debe ser inminente o próximo a suceder**. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el **perjuicio ha de ser grave**, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, **deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva**: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.*

Por consiguiente, para que exista un perjuicio irremediable, es necesario que este sea inminente, que las medidas para corregirlo sean urgentes, que el daño a su vez sea grave y su protección perentoria.

#### **4. PRINCIPIO DE INMEDIATEZ**

La inmediatez es creada para que el amparo de los derechos fundamentales sea de manera rápida, inmediata y eficaz. Es así, que si se presenta demora en la presentación de la tutela, esta será improcedente, y por ende, se debe acudir a los mecanismos ordinarios administrativos o de defensa judicial.

En ese sentido, la Corte Constitucional en Sentencia T- 792 de 2009, estableció:

*(...) la jurisprudencia constitucional ha enfatizado en el hecho de que el mismo exige que la acción sea promovida de manera oportuna, esto es, dentro de un término razonable luego de la ocurrencia de los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos. Esa relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el supuesto vulnerador de los derechos fundamentales, debe evaluarse, según ha dicho la Corte, en cada caso concreto, con plena observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.*

Posteriormente, la misma Corporación, en Sentencia T – 987 de 2008, indicó:

*El presupuesto de la inmediatez como requisito de procedibilidad de la tutela, debe ponderarse bajo el criterio del plazo razonable y oportuno, con esta exigencia se pretende evitar que este mecanismo de defensa judicial se emplee como herramienta que premie la desidia, negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica. Tal condición está contemplada en el artículo 86 de la Carta Política como una de las características de la tutela, cuyo objeto es precisamente la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de toda persona, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados. En relación con el plazo razonable, esta Corte ha considerado que el mismo debe medirse según la urgencia manifiesta de proteger el derecho, es decir, según el presupuesto de inmediatez y según las circunstancias específicas de cada caso concreto.*

Es decir, para que proceda la acción de tutela, deberá establecerse el tiempo que dura el accionante en reclamar, pues, tratándose de derechos fundamentales su exigencia debe ser inmediata.

Conforme a los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales, se concluye que la tutela: *i.)* tiene un carácter subsidiario, *ii.)* debe ser utilizada con el ánimo de evitar un perjuicio irremediable, donde se vean afectados derechos fundamentales, y *iii.)* procede cuando no existen otros medios de defensa judicial, puesto que de lo contrario, la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de derechos fundamentales, y se convertiría en un recurso ordinario.

#### **ACCIÓN DE TUTELA - CONCURSO DE MÉRITOS**

Como reiteradamente lo ha definido la Corte Constitucional y el artículo 86 de la Carta Magna lo estipula, la acción de tutela “*solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”, de manera que, su procedibilidad se supedita a que el accionante no tenga a su alcance otros mecanismos de defensa o que al tenerlos, no sean los idóneos o eficaces para garantizar la defensa de sus derechos, por último, cuando busque evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual, procederá de manera transitoria, esto es, mientras se resuelve en forma definitiva el respectivo asunto en vía judicial ordinaria.

En este sentido, dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, cuando la vulneración de los derechos se alega con fundamento en los efectos de un acto administrativo, el accionante está en la obligación de debatir el mismo en sede judicial, mediante los medios de control que el ordenamiento procesal administrativo ha estatuido para ello. **No obstante, cuando los actos que se enjuician se han proferido en el marco de un concurso de méritos su procedibilidad resulta ser más laxa**, al considerar que el mecanismo alterno no es suficientemente idóneo o eficaz, para la protección de los derechos.

De manera posterior, el alto Tribunal Constitucional, en Sentencia SU-913 de 2009, indicó:

*(...) la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, **la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, aun existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede “desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos.***

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

#### **EFFECTO “INTER PARTES” E “INTER COMUNIS”**

La Corte Constitucional en casos excepcionales, ha admitido la extensión de los efectos de sus fallos de tutela, es así que en sentencia T-203 de 2002, señaló:

#### **4. La modulación de los efectos de las sentencias por la Corte Constitucional, los efectos inter comunis y la aplicación de la sentencia SU.1023 de 2001 al presente caso**

*“4.1. La Corte Constitucional, como guardiana de la supremacía e integridad de la Constitución, ejerce cuatro tipos de control constitucional. El primero, es el control abstracto de normas contenidas en actos legislativos, leyes, decretos con fuerza de ley, decretos legislativos, proyectos de ley o tratados (artículo 241, #1, 4, 5, 7, 8 y 10, CP). El segundo, es el control por vía de revisión de las sentencias de tutela, el cual a su turno puede versar sobre acciones u omisiones de orden fáctico o de orden jurídico y que comprende el control constitucional de providencias judiciales y laudos arbitrales (artículo 86 y 241 #9, CP). El tercero, es el control por vía excepcional en el curso de un proceso concreto mediante la aplicación preferente de la Constitución (artículo 4, CP). El cuarto, es el control de los mecanismos de participación ciudadana en sus diversas manifestaciones (artículo 241, # 2 y 3, CP).*

*“Generalmente, los efectos de las providencias de la Corte Constitucional son diversos en cada tipo de control constitucional. Usualmente, los efectos son erga omnes y pro - futuro cuando controla normas en abstracto; son inter partes cuando decide sobre una tutela; son inter partes cuando aplica de manera*

*preferente la Constitución en el curso de un proceso concreto; y son erga omnes cuando controla el ejercicio de los mecanismos de participación ciudadana. Sin embargo, no siempre el efecto de las providencias de la Corte han de ser los anteriormente señalados.*

*“De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, la Corte Constitucional puede modular los efectos de sus sentencias. Dentro de las múltiples alternativas disponibles, la Corte puede decidir cuál es el efecto que mejor protege los derechos constitucionales y garantiza la integridad y supremacía de la Constitución. Así lo ha hecho esta Corporación cuando ejerce un control abstracto de normas, al fijar, por ejemplo, los efectos retroactivos o diferidos de las sentencias correspondientes.*

*“La Corte también ha determinado los efectos de sus providencias cuando aplica la excepción de inconstitucionalidad y decidió que estos podían extenderse respecto de todos los casos semejantes, es decir inter partes, cuando se presentasen de manera concurrente una serie de condiciones.*

*“En materia de tutela, la Corte ha proferido numerosas sentencias en las cuales los efectos de las órdenes impartidas tienen un alcance mayor al meramente inter partes. Por ejemplo, la corte ha ordenado la adopción de programas, planes o políticas llamadas a beneficiar a personas diferentes a los accionantes y declarado estados de cosas inconstitucionales, lo cual conlleva órdenes que rebasan las partes en el caso concreto.*

*“La modulación de los efectos de las sentencias también se presenta en otros procesos dentro de otras ramas del derecho diferentes al constitucional. En materia civil, por ejemplo, existen normas que regulan expresamente no solo la posibilidad de acumular procesos, sino también la extensión de los efectos de la sentencia a terceros que no han participado en el proceso, no sólo para garantizar el derecho a la igualdad, sino también por razones de economía procesal, en los eventos expresamente autorizados por la ley.*

*“En materia constitucional existen criterios adicionales que justifican la modulación de los efectos de las sentencias. En el presente proceso resultan especialmente relevantes los que se refieren a los efectos inter comunis, desarrollados en la sentencia SU.1023/01, ya citada, de unificación sobre el mismo tema que ocupa a esta Sala.<sup>2</sup>*

En efecto, los fallos de tutela por lo general tienen efectos inter partes, esto es, que solo producen efectos entre las partes que intervienen dentro de la actuación de la misma; no obstante, la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades ha establecido que excepcionalmente, los fallos de tutela pueden tener un efecto inter comunis, es decir, contempla ampliar sus efectos a personas que si bien no promovieron el amparo constitucional, se les debe dar un trato igualitario y uniforme por encontrarse en situaciones objetivamente similares, y sus derechos se encuentran amenazados como consecuencia de las actuaciones u omisiones de autoridades o particulares.

Asimismo, en Sentencia SU-446 de 2011 la Corte Constitucional, reiteró: *“... que se debía cobijar no solo a quienes interpusieron las tutelas cuya decisión ahora se revoca, sino a todos aquellos que se encontraran en situaciones jurídicas similares a las que dieron origen al fallo, como una forma de proteger el derecho a la igualdad.”*

En este sentido, el órgano de cierre en sentencia T-946 de 2011, señaló que se deben cumplir unos requisitos para poderse dictar sentencias con efectos inter comunis, así:

---

<sup>2</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU.636/03.

*Con el fin de garantizar el derecho a la igualdad entre las personas a las que se les conculcan sus derechos fundamentales y acuden a la acción de tutela y aquellas que a pesar de encontrarse en la misma situación no tienen la calidad de accionantes, es preciso que la decisión del juez de tutela sea uniforme y tenga los mismos efectos para unos y otros. Así entonces, para dictar fallos con efectos inter comunis deben observarse los siguientes requisitos: "(i) que la protección de los derechos fundamentales de los peticionarios atente o amenace con atentar contra los derechos fundamentales de los no tutelantes; (ii) que quienes no acudieron a la acción de tutela y los accionantes se encuentren en condiciones objetivas similares; y (iii) que con la adopción de este tipo de fallo se cumplan fines constitucionales relevantes tales como el goce efectivo de los derechos de la comunidad y el acceso a la tutela judicial efectiva.*

Finalmente, el Órgano de Cierre Constitucional en Sentencia T-843/09, dejó claro, que solo compete a ella, otorgar efectos inter comunis, así: "Como ya se explicó en el acápite del problema jurídico, **solo esta Corporación expide sentencias con efectos erga omnes**", y posteriormente, agregó: "Es preciso recordar, que en principio, sólo la Corte Constitucional puede otorgar efectos "inter pares" o "inter comunes" a las decisiones de tutelas, cuando revisten particularidades especiales." Negrilla fuera de texto

De la anterior manera, si bien en principio para amparar derechos de otras personas diferentes a un tutelante, se puede dictar una sentencia que favorezca sus intereses, incluso sin haber demandado, dicha facultad, solo la tiene la Corte Constitucional, cuando profiere sentencias con efectos *inter comunis*.

## **NORMAS DEL CONCURSO**

Inicialmente debe señalarse que, el artículo 125 de la Constitución Política, establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado, son de carrera, exceptuando aquellos de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y demás que determine la ley.

### **- LEY 909 DE 2004**

De otra parte, el artículo 11 de la Ley 909 de 2004, mediante la cual se expide normas que regulan el empleo público, carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, establece:

*...Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa. En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:*

*a) Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley;*

*(...)*

*e) Conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles; el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia;*

### **- Ley 1960 de 2019**

Seguidamente, el legislador expidió la Ley 1960 de 2019, a través de la cual modificó la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998, y se estableció otras disposiciones. Con relación a la utilización de las listas de elegibles, determinó que:

**ARTÍCULO 6.** El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

“**ARTÍCULO 31.** El proceso de selección comprende:

1. (...)

2 (...)

3 (...)

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

Finalmente, en su artículo 7 estableció que la Ley rige a partir de su publicación, esto es, a partir de 27 de junio de 2019, modificando la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y derogó las disposiciones que le fueran contrarias.

- **Acuerdo CNSC 20161000001376 de 5 de septiembre de 2016**

Por medio del cual se convoca a concurso abierto de méritos, para proveer definitivamente los empleos de las vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, Convocatoria N°. 433 de 2016 ICBF, con relación a las listas de elegibles, esta dispone:

**ARTÍCULO 62°. FIRMEZA DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES.** La firmeza de la lista de elegibles se produce, cuando vencidos los cinco, (5) días hábiles siguientes a su publicación en la página web [www.cnsc.gov.co](http://www.cnsc.gov.co) y/o enlace: SIMO a su equivalente, Convocatoria N°. 433 de 2016 ICBF, no se haya recibido reclamación alguna ni solicitud de exclusión de la misma, en consonancia con lo previsto en el artículo 55° del presente Acuerdo, o cuando las reclamaciones interpuestas en términos hayan sido resueltas y la decisión adoptada se encuentre ejecutoriada.

Una vez en firme las listas de elegibles, la CNSC remitirá al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, los actos administrativos por medio de los cuales se conforman las listas de elegibles para los diferentes empleos convocados y los publicara en la página web [www.cnsc.gov.co](http://www.cnsc.gov.co) y/o enlace: SIMO o su equivalente, Convocatoria N°. 433 de 2016 ICBF, la cual constituye el medio oficial de publicación para todos los efectos legales.

**PARÁGRAFO:** Las listas de elegibles solo se utilizarán para proveer los empleos reportados en la OPEC de esta Convocatoria, con fundamento en lo señalado en el Decreto 1894 de 2012, mientras este se encuentre vigente.

**ARTÍCULO 63°. RECOMPOSICIÓN DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES.** Las listas de elegibles se recompondrán de manera automática, una vez los elegibles tomen posesión del empleo en estricto orden de mérito, o cuando estos no acepten el nombramiento o no se posesionen dentro de los términos legales, o sean excluidos de la lista con fundamento en lo señalado en los artículos 55° y 56° del presente Acuerdo.

**ARTÍCULO 64°. VIGENCIA DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES.** *Las listas de elegibles tendrán una vigencia de dos (2) años a partir de su firmeza.*

- **Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018**

A través de la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, se conformó la lista de elegibles para proveer 106 vacantes del empleo, identificado con el Código OPEC N°. 34242 denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, Convocatoria N°. 433 de 2016, en la que el accionante ocupa el puesto 190.

## **E. DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS**

En este caso, se aducen como transgredidos los derechos fundamentales al trabajo, debido proceso, acceso a cargos públicos e igualdad.

### **1. DERECHO AL TRABAJO**

Respecto del derecho al trabajo Corte Constitucional, manifestó:

*De igual manera, la jurisprudencia constitucional<sup>[14]</sup> ha considerado que la naturaleza jurídica del trabajo cuenta con una triple dimensión. En palabras de la Corporación la “lectura del preámbulo y del artículo 1º superior muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, **porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio. En segundo lugar, el trabajo es un principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas por la ley en todas las circunstancias** (artículo 53 superior). Y, en tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, el trabajo es un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social.”<sup>3</sup>*

### **1. DERECHO A LA IGUALDAD**

El artículo 13 de la Constitución Política, consagra el derecho fundamental a la igualdad, en los siguientes términos:

*... Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.*

*El estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.*

Respecto a la igualdad de trato, se hace necesario desarrollar reglas o criterios de evaluación para determinar cuando una persona se encuentra en una situación de

<sup>3</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-593 de 2014.

especial protección que amerite utilizar criterios diferentes, los cuales serán usados bajo algunas condiciones especiales.

En estudio del concepto del derecho a la igualdad, la Corte Constitucional, en Sentencia C-090 de 2001, afirmó:

*Una simple aproximación a la idea de igualdad, como concepto, como principio, o como derecho reconocido al interior de un ordenamiento jurídico, revela inmediatamente que se trata de una noción que no responde a un sentido unívoco sino que admite múltiples acepciones aplicables de acuerdo con las particularidades de cada caso. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la igualdad se manifiesta como un derecho relacional que involucra usualmente, cargas, bienes o derechos constitucionales o legales, y cuya efectiva garantía, no se traduce en la constatación de una paridad mecánica y matemática, sino en el otorgamiento de un trato igual compatible con las diversas condiciones del sujeto”.*

*(...), entonces, al juicio que se hace sobre una determinada circunstancia, de tal forma que resulta indispensable tomar en consideración las condiciones que afectan o caracterizan a cada uno de los miembros de una comunidad jurídica y el entorno en el que se desenvuelven. **Así, puede decirse que la vigencia del derecho a la igualdad no excluye necesariamente la posibilidad de dar un tratamiento diferente a personas y hechos que, de acuerdo con sus condiciones, hacen razonable la distinción.***<sup>4</sup> Negrillas fuera de texto

De manera que, en aplicación del derecho a la igualdad, las autoridades no pueden hacer distinciones subjetivas que carezcan de justificación alguna, pues, si imparten un trato diferencial, éste debe fundamentarse en consideraciones razonables y objetivas que hagan viable la misma, esto es, que exijan o ameriten un trato diferente por referirse a personas que se encuentran en condiciones distintas.

### **3. DEBIDO PROCESO**

El derecho al debido proceso se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, en los siguientes términos: **“Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. (...)**” Negrillas fuera de texto

Es decir, que desde la Carta Magna, se imponen a las autoridades y a las personas que ejercen funciones públicas, el deber de respetar el debido proceso en todas sus actuaciones, garantizando con ello su observancia, no solo en el ámbito jurídico sino también en lo administrativo, esa garantía se traduce en el respeto que debe tener la administración a las formas previamente definidas, a la salvaguarda de los principios de contradicción e imparcialidad, de que la actuación administrativa se surtirá respetando todas sus etapas, ajustándose al ordenamiento jurídico legal y a los preceptos constitucionales. En esa dirección, en Sentencia T-200 de 2011, la Corte Constitucional, señaló:

*(...) Sobre el debido proceso administrativo la Corte ha precisado que su cobertura se extiende a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública en la realización de sus objetivos y fines estatales, lo que implica que cobija todas las manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que presenten los particulares, y a los procesos que adelante la administración con el fin de garantizar la defensa de los ciudadanos.”* Negrilla fuera de texto

---

<sup>4</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-090 de 2001.

Luego, debe recordar el despacho que, el debido proceso se aplica al desarrollo de cualquier actuación que adelante una entidad pública o particular que ejerza funciones públicas, garantizándose así, los derechos de defensa y contradicción.

#### 4. ACCESO A CARGOS PÚBLICOS

De conformidad con lo establecido en el artículo 125 de la Constitución Política, la Carrera Administrativa constituye un sistema técnico de administración de personal, que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y que ofrece estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y ascenso al servicio público.

La finalidad de la Carrera Administrativa, es que el Estado pueda “*contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública*”<sup>5</sup>.

Para ello, se debe contar las esclusas que, garanticen la escogencia los servidores más idóneos, en ese camino, la Sala Plena de la Corte Constitucional en Sentencia C-040 de 1995, explicó detalladamente las etapas, que por regla general conforman los concursos públicos para proveer los empleos de carrera, esto es, que debe estar precedida de las fases, de: *i.)* convocatoria, *ii.)* reclutamiento, *iii.)* aplicación de pruebas e instrumentos de selección y (iv) elaboración de lista de elegibles; enfatizando en que aquellas deben adelantarse, con apego al principio de buena fe y los derechos a la igualdad y debido proceso.

Como consecuencia de lo anterior, cuando la administración, luego de agotadas las diversas fases del concurso, clasifica a los concursantes mediante la conformación de una lista de elegibles, está expidiendo un acto administrativo de contenido particular, “***que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman***” Negrilla fuera de texto; es decir, se generan derechos subjetivos que por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social, siempre que medie indemnización previa del afectado.

#### CASO CONCRETO

Pretende el tutelante que se ordene a la **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF**, a través de fallo de tutela, que se protejan los derechos fundamentales al trabajo, debido proceso, acceso a cargos públicos e igualdad; y en consecuencia, se realicen los trámites administrativos pertinentes para que se dé cumplimiento a lo ordenando en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, se autorice y use en su caso la lista de elegibles contenida en la Resolución N°. CNSC 20182230084005 del 10 de agosto de 2018, la cual adquirió firmeza el día 27 de agosto de 2018.

De esta forma, el accionante busca que se utilice el acto administrativo con el cual “... se conforma la lista de elegibles para proveer ciento seis (106) vacantes del empleo identificado con el código OPEC No. 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del sistema general de carrera administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, convocatoria N°. 433 de 2016-ICBF”; y se lo nombre y posea, en una de las más de las setenta y seis (76) vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017, en la ciudad de Bogotá, D. C.

---

<sup>5</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 682 de 2016.

Es así que, en el presente caso, se tiene que la **Convocatoria N°. 433 de 2016** inició con la expedición del **Acuerdo de la CNSC 2016100001376 de 5 de septiembre de 2016**, y culminó, con la emisión de la **Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018**, la cual adquirió firmeza el **27 de agosto de 2018**, conteniendo la lista de elegibles para proveer el empleo identificado con el Código OPEC N°. 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF.

En ese interregno, de inicio de la Convocatoria N°. 433 de 2016 y firmeza de la lista de elegibles de la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, el Gobierno Nacional, a través del **Decreto 1479 de 4 de septiembre de 2017**, suprimió la planta de personal de carácter temporal, y amplió la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, aumentando en 328 cargos el de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, los cuales debían proveerse a través del procedimiento de la Ley 909 de 2004, y de las normas que la modifiquen adicionen, sustituyan o reglamenten.

Posteriormente, se expidió la **Ley 1960 de 2019**, la cual en su artículo 6, modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004<sup>6</sup>, que rige la carrera administrativa, adicionándola, en el sentido de ordenar que las listas de elegibles vigentes, se utilizarían para cubrir vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, y que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso.

No obstante lo anterior, la Comisión Nacional del Servicio Civil, en criterio unificado de 1 de agosto de 2019, sobre la *“Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019 del 27 de junio de 2019”*, determinó que sólo las listas que fueran aprobadas con posterioridad al 27 de junio de 2019 (fecha de vigencia de la ley), se regirían por la Ley 1960 de 2019. Seguidamente, la misma CNSC, dejó sin efectos el criterio inicial, y asumió, el 16 de enero de 2020, razonamiento distinto para el uso de estas listas, señalando que si existen listas, cuya firmeza se haya presentado con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019 y aún están vigentes, se deben utilizar para proveer las nuevas vacantes que se hayan generado, siempre y cuando se trate de los mismos empleos.

De otra parte, esta instancia verificó que el accionante el 4 de febrero de 2020, presentó petición al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, vía web, solicitando que en virtud del Acuerdo N°. 562 de 2016 de la CNSC y de las demás normas que rigen el uso de las listas de elegibles, conformadas para un empleo con OPEC específica, se haga uso de la lista de elegibles de la OPEC 34242 Nivel: profesional, Denominación: Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, de la Resolución N°. CNSC – 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, la cual adquirió firmeza el 27 de agosto de 2018, en consecuencia, se procediera a efectuar su nombramiento en periodo de prueba, en alguna de las vacantes definitivas de la ampliación de la planta de personal en el cargo de Defensor de Familia, existentes en el Centro Zonal Bogotá, de dicha entidad.

Estudiada la solicitud anotada, se evidenció que la lista de elegibles contenida en la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, adquirió firmeza el 27 de agosto de 2018, por lo que está vigente hasta el 27 de agosto de 2020, lo que permite concluir sin mayores elucubraciones, que la lista se encontraba en firme el 27 de junio de 2019, momento en que entró en vigencia la Ley 1960 de 2019, resultando para el caso en concreto, aplicable el artículo 6 de la citada norma.

---

<sup>6</sup> Texto original de la Ley 909 de 2004, parcialmente derogado por la Ley 1033 de 2006: 4. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.

En otras palabras, al haberse creado nuevos cargos en la planta de personal del ICBF, con el Decreto 1479 de 4 de septiembre de 2017, específicamente un total de 328 cargos, con igual denominación de Defensor de Familia, Código y Grado, algunos de estos, en la misma ubicación geográfica que los de la lista de elegibles, de los llamados en la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, es preciso nombrar en uno de estos cargos al tutelante.

Cabe destacar que, si bien el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF en su respuesta a esta instancia, señala que se encuentra adelantando todas las gestiones que implica el reajuste introducido por la Ley 1960 de 2019, y que la norma no puede tener una aplicación inmediata por imposibilidad fáctica, como quiera que implica llevar a cabo una serie de actividades complejas administrativas y financieras, de manera conjunta con la CNSC, que conllevan tiempo y recursos públicos; y que al parecer, estas entidades están adelantando las actividades administrativas necesarias para la utilización de la lista de elegibles de que tratan las presentes diligencias, dicha argumentación, no es recibo para este despacho, toda vez que en los cargos, existen personas nombradas en provisionalidad, que no hacen parte de la nombrada lista. Luego, la razón de la no utilización de la lista, no es que administrativa y presupuestalmente, no se haya podido proveer porque de ser así, los cargos creados no tendrían a la fecha personas nombradas en provisionalidad.

En consideración a lo anterior, del material probatorio obrante en el expediente, se puede concluir que, no se ha dado cumplimiento a la normatividad señalada, incluso no se ha atendido el criterio de unificación de la CNSC del 16 de enero de 2020, lo que sin dubitación alguna, genera que las entidades accionadas se encuentran vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y al acceso a cargos públicos del señor **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**.

En este sentido, se tutelarán los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos del accionante señor **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N°. 1.095.916.652, frente a la **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF**.

De igual forma, se ordenará a la **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF**, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, realicen todos los trámites administrativos pertinentes, **para que en el caso del accionante** señor **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, se dé cumplimiento a lo ordenando en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, en consecuencia, se utilice la lista de elegibles de la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de dos mil dieciocho (2018), la cual adquirió firmeza, el 27 de agosto de 2018; para con ella proveer uno de los cargos vacantes del empleo identificado con el código OPEC N°. 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, creados por el Decreto 1479 de 2017, en la ciudad de Bogotá, D. C.

Conforme a lo anterior, se ordenará **nombrar y posesionar en periodo de prueba, al señor MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N°. 1.095.916.652, en una de las vacantes definitivas del empleo identificado con el código OPEC N°. 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que fueron creados en la ampliación de la planta, por el Decreto 1479 de 2017, en la ciudad de Bogotá, D. C. Se ordenará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, que previo a dar posesión al señor **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, deberá verificar que cumple con todos los requisitos constitucionales y legales para el ejercicio del cargo. Así mismo, se ordenará que tanto la **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF**, deben respetar en este

procedimiento, los derechos de las personas amparadas constitucionalmente, por tener condiciones especialmente protegidas.

Igualmente, no se concederá el amparo constitucional con efecto *inter comunis*, en atención a que como arriba se indicó, la modulación con estos efectos de los fallos de tutela, es facultativo de la Corte Constitucional en sede de revisión, y en consecuencia, no compete al Juez de instancia, extender los efectos de la presente sentencia.

De otra parte, este despacho procede a estudiar las solicitudes de coadyuvancia y adhesión, para la parte demandante, presentadas por el señor: Manuel Orlando Mena Zapata, quien manifiesta tener solo interés en aplicación de respeto por los derechos del tutelante; el señor Wilson Alexander Panqueba Cely y la señora Amparo Moreno Fonseca, quienes presentan interés propio, solicitando ser tenidos como coadyuvantes. De la misma manera, las solicitudes de coadyuvancia a las demandadas, presentadas por las señoras Ana Marcela Serje Ochoa y Dina Margarita Ruíz Martínez.

Es así que, el despacho debe indicar que las solicitudes de coadyuvancia y adhesión, presentadas en trámite de la acción de tutela, deben ser estudiadas en el contexto del inciso 2 del artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, que señala: **“Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud”**, agregando que sobre este punto, la Corte Constitucional en Sentencia T-062 de 2010, sostuvo: **“(…) la coadyuvancia surge en los procesos de tutela, como la participación de un tercero con interés en el resultado del proceso que manifiesta compartir reclamaciones y argumentos expuestos por el demandante de la tutela, sin que ello suponga que éste pueda realizar planteamientos distintos o reclamaciones propias que difieran de las hechas por el demandante (...)**”; posteriormente, en Sentencia T- 269 de 2012, el Alto Tribunal Constitucional, indicó: **“(…) en la acción de tutela los terceros se involucran en el proceso porque sus resultados pueden afectarlos, pero lo hacen apoyando las razones presentadas, bien por el actor o por la persona o autoridad demandadas, y no promoviendo sus propias pretensiones. (...)**” Negrillas fuera del texto.

Por lo que, para tener como coadyuvantes a terceros, estos deben tener un interés en las resultas del proceso, en el cual solicitan ser tenidos como tales, buscando una sentencia favorable para el demandante, por un interés vinculado directamente con él; en el caso bajo estudio, el interés del proceso, es el amparo de los derechos fundamentales del señor Duran Gutiérrez, sin embargo, no se observa cómo se vincula con el señor Manuel Orlando Mena Zapata, a pesar de su manifestación de no tener interés distinto, que se respeten los derechos del accionante; y menos aún, se observa interés en el caso del tutelante, por parte del señor Wilson Alexander Panqueba Cely y la señora Amparo Moreno Fonseca, pues ellos, no presentan interés en las resultas de la acción del demandante, sino un interés propio, en el cual buscan hacerse partícipes en una acción de tutela. De otra parte, en lo referente a las señoras Ana Marcela Serje Ochoa y Dina Margarita Ruiz Martínez, ocurre igual circunstancia, por cuanto efectivamente estas dos ciudadanas, presentan intereses propios, no en el caso de las accionadas, sino para la protección de sus intereses. Es decir, ni quienes pretenden ser coadyuvantes de la parte accionante, ni quienes lo pretenden por la parte accionada, cumplen con los requisitos para ser tenidos en cuenta como coadyuvantes; razón por la cual se negaran sus peticiones.

Finalmente, en cuanto a la solicitud de declarar falta de legitimación en la causa por pasiva, en el caso de la Universidad de Medellín, esta instancia observa que dentro de su competencia, efectivamente no está las de realizar las actuaciones que aquí se ordenan, igual ocurre, en el caso del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de quien no se observa que en sus funciones tenga las de atender las pretensiones que aquí se plantean; razón por la cual, se ordenará su desvinculación.

En caso de no presentarse impugnación en contra del presente fallo, se procederá con el envío del mismo a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

En mérito de expuesto, **el Juzgado Cincuenta y Cinco (55) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la ley.

### RESUELVE

**PRIMERO.- TUTELAR** los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos, del accionante **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N°. 1.095.916.652, por las razones expuestas, en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.- ORDENAR** a la **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF**, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, realicen todos los trámites administrativos pertinentes, **para que en el caso del accionante** señor **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, se dé cumplimiento a lo ordenando en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, en consecuencia, utilizar la lista de elegibles de la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de dos mil dieciocho (2018), la cual adquirió firmeza, el 27 de agosto de 2018; para con ella, proveer uno de los cargos vacantes del empleo identificado con el código OPEC N°. 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, creados por el Decreto 1479 de 2017, en la ciudad de Bogotá, D. C.

**TERCERO.- ORDENAR** al **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF**, **nombrar y posesionar** en periodo de prueba, al señor **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N°. 1.095.916.652, en una de las vacantes definitivas del empleo identificado con el código OPEC N°. 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que fueron creados en la ampliación de la planta de la entidad por el Decreto 1479 de 2017, en la ciudad de Bogotá, D. C. Ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, que previo a la posesión del señor **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, debe verificar que cumpla con todos los requisitos constitucionales y legales para el ejercicio del cargo. Así mismo, ordenar que tanto la **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF**, deben respetar en este procedimiento, los derechos de las personas amparadas constitucionalmente, por tener condiciones especialmente protegidas.

**CUARTO.- NEGAR** las demás pretensiones, de conformidad a la parte motiva de la presente sentencia.

**QUINTO.- DECLARAR** falta de legitimación en la causa por pasiva de la **Universidad de Medellín y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEXTO.- NEGAR** las solicitudes de adhesión y coadyuvancia, presentadas por los señores **Manuel Orlando Mena Zapata, Wilson Alexander Panqueba Cely, Amparo Moreno Fonseca, Ana Marcela Serje Ochoa y Dina Margarita Ruíz Martínez**, por lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

**SÉPTIMO.-** Por la secretaría del Juzgado, **NOTIFICAR** la presente decisión a las Partes, a la Agente del Ministerio Público Delegada ante este despacho judicial; y al

Defensor del Pueblo, conforme a lo dispuesto en los artículos 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.

**OCTAVO.- HACER SABER** que contra la presente decisión, procede la impugnación ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, **dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.**

**NOVENO.-** En caso de no ser impugnado el presente fallo, por la secretaría del Juzgado, **ENVIAR** a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad a lo establecido en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

**DÉCIMO.-** Una vez regrese el expediente de la Corte Constitucional, por la secretaría del Juzgado, **PROCEDER** al archivo del mismo, luego de las anotaciones del caso en el Sistema de Gestión Judicial Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**LUÍS EDUARDO GUERRERO TORRES**  
Juez

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)  
Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia  
Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán  
Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

#### MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

Ibagué, catorce (14) de abril de dos mil veinte.

**Radicación:** 73001-33-33-005-2020-00058-01  
**Interno No:** 00109 - 2020  
**Acción:** DE TUTELA  
**Referencia:** IMPUGNACIÓN DE SENTENCIA  
**Accionante:** ALEXIS DÍAZ GONZÁLEZ- MARÍA CECILIA ARROYO RODRÍGUEZ- YENNIFER RUIZ GAITÁN  
**Accionado:** COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL -INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIO CIVIL

Se resuelve la impugnación presentada por Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán contra la providencia del 26 de febrero de 2020, mediante la cual el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, niega las pretensiones de la acción presentada.

#### ANTECEDENTES

Las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán, presentaron acción de tutela, la cual, mediante acta individual de reparto (fl. 1) le correspondió dar trámite a la misma al Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que les sean amparados sus derechos fundamental a: el acceso a la carrera administrativa por meritocracia, Igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso y confianza legítima. En consecuencia, solicitan se acceda a las siguientes:

#### **Pretensiones principales:**

Las actoras en el escrito de tutela solicitan:

**PRIMERO:** Se ampare el derecho fundamental al acceso a la carrera administrativa por meritocracia (artículo 40 numeral 7 y artículo 125 constitucional), Igualdad (artículo 13 constitucional), trabajo en condiciones dignas (artículo 25 constitucional), debido proceso (artículo 29 constitucional) y confianza legítima.

**SEGUNDO:** Se ordene a la CNSC y al ICBF que, en el término de 48 horas siguientes al fallo de tutela, realicen los trámites administrativos pertinentes para que se dé cumplimiento a lo ordenado en el artículo 6° de la ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use en estricto orden de mérito, la lista de elegibles que se conformó en

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)  
Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia  
Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán  
Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

la resolución CNSC - 20182230073855 del 18 de julio de 2018, código OPEC Nro. 34795, en el cargo de carrera denominado DEFENSOR DE FAMILIA, código 2125, grado 17, de Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, convocatoria 433 de 2016, para que nombren en periodo de prueba a las actoras, en 3 de las 4 vacantes definitivas que se encuentran provistas en provisionalidad en la ciudad de Ibagué, mediante resoluciones Nro. 0773 del 2018 y Nro. 0907 del 2017.

### **Pretensiones subsidiarias.**

**PRIMERO:** Se ampare el derecho fundamental al acceso a la carrera administrativa por meritocracia (artículo 40 numeral 7 y artículo 125 constitucional), Igualdad (artículo 13 constitucional), trabajo en condiciones dignas (artículo 25 constitucional), debido proceso (artículo 29 constitucional) y confianza legítima.

**SEGUNDO:** Que, en concordancia con la pretensión anterior, se suspenda la vigencia del artículo 5° de la resolución CNSC - 20182230073855 del 18 de julio de 2018, que reza:

ARTÍCULO QUINTO: La lista de elegibles conformada a través del presente Acto Administrativo tendrá una vigencia de dos años contados a partir a partir de la fecha de su firmeza, conforme a lo establecido en el artículo 64 del Acuerdo 20161000001376 de 2016, en concordancia con el numeral 4° del artículo 31 de la ley 909 de 2004.

Y así no se cause un perjuicio irremediable por la posible mora en el autodenominado estudio y actividades administrativas y financieras que pregona el ICBF a través de respuesta a derecho de petición del 31 de enero de 2020.

**TERCERO:** Se le indique límites en tiempo al ICBF y a la CNSC para realizar los trámites administrativos y financieros, en especial que el tiempo no sea superior a la vigencia de las listas de elegibles.

### **Fundamentos fácticos.**

Las accionantes expresaron como hechos los siguientes:

**PRIMERO:** La CNSC en compañía del ICBF lanzó la convocatoria Nro. 433 de 2016, en la cual las actoras participaron para la OPEC Nro. 34795.

**SEGUNDO:** Como resultado del proceso de selección, las actoras ostentaron las posiciones Nro. 26, 28 y 29, de acuerdo al orden establecido en la resolución CNSC - 20182230073855 del 18 de julio de 2018, la cual se encuentra en firme desde el 31 de julio de 2018.

**TERCERO:** Los primeros 22 ciudadanos (hubo un empate en el puesto 15) fueron nombrados a través de la resolución 10345 del 17 de agosto de 2018, en estricto orden de mérito, sin embargo tres profesionales no continuaron con el proceso y por ello, la CNSC autorizó para que se utilizara la lista de elegibles para nombrar a los 3 participantes siguientes en la lista, es decir # 23, 24 y 25, los cuales ya fueron provistos mediante resoluciones 1204 de 2019, 2094 de 2019 y resolución 2095 de 2019.

**CUARTO:** Con los nombramientos realizados por el ICBF quedó claro que quienes continúan en estricto orden de mérito, son las actoras N° 26 Alexis Díaz González,

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)  
Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia  
Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán  
Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

Nº 27 Arturo Torres Valencia (ausente en la petición), Nº 28 María Cecilia Arroyo y Nº 29 Yennifer Ruiz Gaitán, de la lista de elegibles de acuerdo a la recomposición de lista inmediata de que trata el artículo 63 de la resolución CNSC - 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016.

**QUINTO:** A través de derecho de petición, se solicitó al ICBF que informara si en la actualidad existían vacantes del empleo denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, del Sistema General De Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en la ciudad de Ibagué, a lo cual la Dirección de Gestión Humana informó que existían cuatro vacantes creadas con posterioridad a la convocatoria que se encontraban provistas en provisionalidad por los señores Horacio Trillos Pérez, Andrea del Rocío Arciniegas Forero, Yennifer Ruiz Gaitán y Roberto Salazar Fernández .

**SEXTO:** El 27 de junio de 2019, se sancionó la ley 1960 de 2019, la cual modificó la ley 909 de 2004 y el decreto ley 1567 de 1998, en esta el artículo 6º, modificó el numeral 4º del artículo 31 de la ley 909 de 2004, y dispuso que con la lista de elegibles y en estricto sentido de méritos, se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad.

**SÉPTIMO:** La CNSC, recientemente, mediante la expedición del criterio unificado “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 2019”, con ponencia del comisionado Fridole Ballén Duque, señaló que las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, con igual denominación , código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.

**OCTAVO:** Las vacantes definitivas referenciadas anteriormente, son los mismos empleos, de acuerdo con los preceptos y requisitos que señala la CNSC, pues se cumple con la igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes.

**NOVENO:** Con base en el criterio de unificación, se elevó derecho de petición para realizar nombramiento ante el ICBF, quien a su vez respondió que no tenía conocimiento sobre el procedimiento a seguir y envió a la CNSC la solicitud, la cual dio como respuesta que las listas de elegibles deberán usarse durante su vigencia para proveer tanto las vacantes de los empleados que integran la Oferta de Empleos de Carrera- OPEC de la respectiva convocatoria, como las nuevas vacantes que se generen con posterioridad a la aprobación del acuerdo de convocatoria, siempre y cuando corresponda a los mismos empleos, y por consiguiente para hacer uso de la lista de elegibles la entidad deberá elevar solicitud de autorización de uso ante la CNSC.

**DÉCIMO:** Con fundamento en la respuesta emitida por el ICBF en la que se informó la existencia de 4 vacantes definitivas en la ciudad de Ibagué del mismo empleo denominado Defensor de Familia, código 2125 grado 17, y la respuesta enviada por la CNSC en la que se expone la unificación del criterio de uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960, el pasado 30 de enero del año en curso las accionantes elevaron un nuevo derecho de petición al ICBF solicitando que se emitiera un oficio a la CNSC, en el que se indique de manera expresa solicitud de autorización para el uso de la lista de elegibles contenida en la resolución CNSC - 20182230073855, para

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)  
Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia  
Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán  
Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

proveer a las accionantes tres de las cuatro vacantes de los empleos generados en la ciudad de Ibagué conforme al protocolo exigido por la CNSC, y posteriormente se emitirán los actos administrativos correspondientes para **terminar** los nombramientos provisionales y realizar los nombramientos de las actoras en periodo de prueba para el cargo de Defensor de Familia de la regional **Tolima**.

**DÉCIMO PRIMERO:** El 31 de enero del 2020 se emitió respuesta en la que el ICBF se limitó a señalar que iniciaría el estudio pertinente para identificar las vacantes que cumplieran con las características del empleo, y posteriormente se realizaría la solicitud de uso de las listas de elegibles a la CNSC.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Las listas de elegibles tiene una vigencia corta en el tiempo, por lo cual, como ha señalado la Corte Constitucional en sentencia T-133-2016, ante la premura del tiempo, es procedente la acción de tutela en estos casos, superándose el requisito de subsidiaridad frente a un proceso contencioso administrativo demandado, según lo establece la CNSC en la página del banco de lista de elegibles, tiene vigencia hasta el día 30 de julio de 2020.

**DÉCIMO TERCERO:** Las actoras manifiestan que la omisión del ICBF de realizar los nombramientos, evidencia un acto violatorio a los derechos que solicitan tutelar, por cuanto aprobaron las diferentes etapas del concurso y se encuentran en la lista de elegibles y adicionalmente el ICBF mediante respuesta a derecho de petición **informó** sobre la existencia de 4 vacantes para el cargo al que participaron, no obstante se abstiene de llevar a cabo la gestión necesaria para el nombramiento, siendo evidente la dilación para conceder la pretensión, lo que conlleva a un perjuicio irremediable.

**DÉCIMO CUARTO:** Existen antecedentes jurisprudenciales respecto a solicitudes similares en las cuales se ordena al ICBF efectuar los trámites administrativos necesarios para nombrar y posesionar a los accionantes, como la sentencia de tutela de segunda instancia Nro. 686793333003-201900131-01 del Tribunal Administrativo de Santander y la sentencia de tutela de segunda instancia Nro. 760013333021-201900234-01.

### **Actuación procesal.**

La solicitud de amparo constitucional fue presentada en la Oficina de Reparto de la Administración Judicial de Ibagué el día 14 de febrero de 2020; mediante auto del 17 de febrero de 2020 (fl. 35), el Juzgado Quinto Oral Administrativo del Circuito de Ibagué, avocó su conocimiento, se vinculó a las personas que conforman el registro de elegibles para proveer vacantes del empleo de carrera denominado Defensor de Familia, código 2125 ofertado mediante la convocatoria Nro. 433 de 2016 del ICBF- Código OPEC Nro. 34795, y a los señores Horacio Trillos Pérez, Andrea del Rocío Arciniegas Forero, Yennifer Ruiz Gaitán y Roberto Salazar Fernández quienes actualmente ejercen en provisionalidad los cargos en cita, y se requirió a las entidades accionadas y vinculados para que allegaran los informes donde **consten** los antecedentes de los hechos y pretensiones de que trata la presente acción de tutela.

### **Contestación.**

Dentro del término de traslado concedido los vinculados Roberto Salazar Fernández, Andrea del Rocío Arciniegas Forero y Horacio Trillos Pérez, y la entidad

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)  
Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia  
Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán  
Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

accionada ICBF, se pronunciaron sobre los hechos y pretensiones de la acción, tal y como lo advierte la constancia secretarial.

**Contestación vinculados - Roberto Salazar Fernández y Andrea del Rocío Arciniegas Forero (fls. 78- 93).**

Se opusieron a todas y cada una de las pretensiones señalando que los cargos provistos en provisionalidad, no fueron objeto de la convocatoria No. 433 de 2016, y que conforme al principio de vigencia normativa no le es aplicable a la convocatoria en mención la ley 1960 de 2019, dado que la convocatoria es de 2016, la lista quedó en firme el julio de 2018 y la vigencia de la norma se da a partir del año 2019.

Expresan que la acción de tutela es improcedente para discutir la controversia planteada por los accionantes como quiera que existe un mecanismo principal para suscitar su controversia ante la jurisdicción contenciosa administrativa, máxime cuando no se logra comprobar un peligro inminente e irremediable causado cuando la accionante Yennifer Ruiz Gaitán, a la fecha ostenta el cargo de Defensora de Familia, código 2125, grado 17 del ICBF regional Tolima.

**Contestación Vinculado - Horacio Trillos Pérez (fls. 180-203).**

Solicita se deniegue, por improcedente la tutela, como quiera que existen medios judiciales ordinarios, idóneos y efectivos, como la acción de nulidad y de cumplimiento para resolver la controversia; se ha demostrado que los cargos solicitados por los accionantes no fueron objeto del concurso en el que participaron, destacándose las reglas de la convocatoria y la normatividad vigente, limitan la aplicación de la lista de elegibles solo para los cargos ofertados.

Advierte que la ley 1960 de 2019 no tiene efectos retroactivos; no hay una uniformidad y consistencia de criterio interpretativo de la CNSC; no existe un derecho cierto e indiscutible en cabeza de los accionantes y por el contrario, debe garantizarse el derecho a todos los ciudadanos a participar en el concurso de méritos para proveer los cargos creados con posterioridad a la convocatoria.

**Contestación de la accionada - Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (fls. 206-220).**

La entidad accionada a través de su apoderado judicial considera que en el presente caso la tutela deviene improcedente, por no cumplir con los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, subsidiaridad y perjuicio irremediable, puesto que ya fue publicada la lista de elegibles, la cual adquirió firmeza el 31 de julio de 2018 y se conformó para proveer 122 vacantes y en dicha lista los accionantes ocuparon posiciones 26, 28 y 29.

Así mismo, señala que los accionantes no cuestionan dicha lista sino actuaciones que surgieron con posterioridad, específicamente el hecho de que no se haya efectuado inmediatamente su nombramiento en aplicación del artículo 6° de la ley 1960 de 2019.

Advierte que se procederá a realizar su nombramiento una vez se surtan una serie de procedimientos que se están adelantando por parte del instituto y una vez la

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)  
Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia  
Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán  
Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

CNSC apruebe el uso de la lista de elegibles, máxime cuando los accionantes desconocen que el artículo ? de la ley 1960 de 2019, creó el derecho a los empleados de carrera administrativa a concurso de ascenso y movilidad horizontal, para lo cual la ley otorgó a la CNSC termino para regular el derecho.

Finalmente, señala que la entidad accionada no vulneró derecho alguno, pues efectuó los nombramientos de conformidad con las normas vigentes, esto es la ley 909 de 2004, decreto 1894 de 2012, máxime cuando los demandantes escinden el contenido de la norma la cual debe interponerse de manera integral, pues adquiere los derechos conforme a la lista de elegibles bajo el imperio de la ley 909 de 2004 y solicitan al tiempo la aplicación de la ley 1960 respecto del uso de la lista de elegibles, situación que también ha sido regulada en la norma anterior.

### **Pruebas.**

Dentro del expediente obran los documentos que se relacionan a continuación:

- Copia de resolución Nro. CNSC - 20182230073855 del 18 de julio de 2018 (fl. 12).
- Oficio Nro. 20201020002601 de 7 de enero de 2020, expedido por la CNSC, información uso de lista OPEC 34795 convocatoria Nro. 433 de 2016- ICBF (fls 13-14).
- Criterio unificado de la lista de elegibles adoptado por la CNSC (fls. 14 vto. - 15 vto; 199-203)
- Derecho de petición elevado por Yennifer Ruiz G. al ICBF de fecha 31 de diciembre de 2019 (fls. 16-18).
- Respuesta a derecho de petición (Fls. 18 vto.- 19 vto.).
- Derecho de petición solicitando nombramiento de Yennifer Ruiz G. (fls. 20-22).
- Respuesta a derecho de petición remisión por competencia (fls. 22 vto.).
- Copia de la resolución Nro. 0773 de 2018 y 907 de 17 de febrero de 2017, por medio de la cual se nombra provisionalmente a Horacio Trillos Pérez, Andrea del Rocío Arciniegas, Yennifer Ruiz Gaitán y Roberto Salazar (fls. 23-27; 96-117).
- Comprobante de correo electrónico y petición de nombramiento suscrito por Alexis Gonzales, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán (fls. 27 vto. - 30).
- Respuesta a solicitud de nombramiento vacante definitiva Nro. 202012100000014563 del 30 de enero de 2020 (fl.31).
- Respuesta a solicitud de nombramiento vacante definitiva Nro. 20201020102581 del 30 de enero de 2020 (fls. 32-33).
- Resolución Nro. 1479 de 4 de septiembre de 2017 “por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras” y se dictan otras disposiciones “ (fld. 118-124).
- Resolución Nro. 7781 del 5 de septiembre de 2017 por medio de la cual se hacen unos nombramientos en provisionalidad (fls. 125-138; 214-222).
- Acta de posesión de Andrea del Rocío Arciniegas Forero (fl. 139- 140).
- Acta de posesión de Roberto Salazar Fernández (fl. 141).

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)  
Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia  
Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán  
Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

- Resolución Nro. CNSC - 20182230073855 del 18 de julio de 2018 “por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer 23 vacantes del empleo identificado con código OPEC Nro. 34795, denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, convocatoria Nro. 433 de 2016-ICBF” (fls. 143-179).
- Oficio Nro. 201912100000223791 del 24 de diciembre de 2019, el ICBF señala la existencia de 4 vacantes en provisionalidad en el cargo Defensor de Familia código 2125 grado 17 (fl. 234).

### **Sentencia de primera instancia.**

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, en fallo del 26 de febrero de 2020 (fls. 236 a 243), determinó negar la acción constitucional con base en la irretroactividad de las leyes, pues las actoras solicitan la aplicación de la ley 1960 de 2019 aun cuando la lista de elegibles conformada mediante resolución Nro. CNSC - 20182230073855 del 18 de julio de 2018 quedó en firme el 31 de julio de 2018.

Teniendo en cuenta lo anterior, señaló que para el caso bajo estudio, se debe dar aplicación al artículo 31 numeral 4° de la ley 909 de 2004, el cual dispuso que las listas de elegibles solo podrían ser utilizadas para proveer los cargos para las cuales se efectuó el concurso; a su vez, hace referencia al decreto 1083 de 2015, en el cual se estableció que “las listas, durante su vigencia, solo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la ley 909 de 2004”.

Finalmente, establece que la Corte Constitucional en sentencia unificada de mayo de 2011, determinó que las entidades están obligadas a proveer únicamente las vacantes para las cuales se convocó el respectivo concurso y no para otros, los cargos que se encuentren fuera de la convocatoria requerirán de un concurso nuevo para su provisión.

### **La impugnación.**

Mediante escrito dirigido al Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, radicado el día 03 de marzo del año en curso (Fls. 341-360), las actoras impugnaron el fallo de primera instancia argumentando que en la parte considerativa de la providencia impugnada incurrieron en graves yerros como: i. No se analizó debidamente el recaudo documental arrimado a la foliatura; ii. Se interpretó de manera errada la legislación vigente; iii. Se abordó incorrectamente el problema jurídico respecto a la irretroactividad de la norma; iv. Se fundamentó la decisión con antecedente jurisprudencial antiguo sin considerar la reciente postura de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial; v. No se contempló el impacto nacional que tiene esta decisión.

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)  
Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia  
Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán  
Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

## CONSIDERACIONES

### **La competencia.**

En atención a lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para conocer de la sentencia que resolvió acerca de la acción de tutela de la referencia.

### **Problema jurídico.**

Con base en los hechos relatados en precedencia, corresponde a la Sala, determinar, si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa por meritocracia, Igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso y confianza legítima de las actoras al no ser nombradas en propiedad en el cargo de Defensor de Familia código 2125, grado 17, y en consecuencia, determinar si se confirma o revoca la decisión del *a quo*.

### **La Carrera Administrativa como pilar del Estado Social de Derecho.**

La Constitución Política establece en su artículo 125 el mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración, así mismo, establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público, en los siguientes términos: *“Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público”*.<sup>1</sup>

La Corte Constitucional en sentencia C-588 de 2009, con Magistrado Ponente EDUARDO MENDOZA MARTELO, estableció que el sistema de mérito consiste en que el Estado pueda *“contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública”*.<sup>2</sup>

La importancia de la carrera administrativa como pilar del Estado Social de Derecho, se vio plasmada en esta misma providencia, en la que se indicó que el incumplimiento o la inobservancia de las normas de la carrera implica el desconocimiento de los fines estatales, pues el sistema de carrera administrativa tiene como soporte principios y fundamentos propios de la definición de Estado que se consagra en el artículo 1 constitucional, así como supone el desconocimiento del derecho a la igualdad, el acceso a cargos públicos y el debido proceso. Es así como se concluyó que *“la carrera administrativa es, entonces, un principio constitucional y, por*

---

<sup>1</sup> Constitución Política, artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. (...)

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2009. M.P. Eduardo Mendoza Martelo.

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)  
Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia  
Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán  
Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

*lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución".<sup>3</sup>*

En este orden de ideas, la Corte puntualizó la existencia de una relación connatural entre la carrera administrativa y el cumplimiento de los fines esenciales de la administración pública, ya que, en ausencia de los criterios de mérito y eficiencia, "la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales ni podrá ser desarrollada con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad".<sup>4</sup>

### **Naturaleza de las listas de elegibles.**

Las listas o registros definitivos de elegibles son actos administrativos de carácter particular que tienen como finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración. En otras palabras, se trata de un acto administrativo que enumera las personas que aprobaron el concurso con el mayor puntaje de acuerdo a sus comprobados méritos y capacidades, las cuales deben ser nombradas en los cargos de carrera ofertados en estricto orden numérico.

Con la conformación de la lista o registro de elegibles se materializa el principio del mérito del artículo 125 de la Constitución, en la medida en que con él, la administración debe proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes. Las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme, salvo expresas excepciones legales. cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman.

Este acto tiene una vocación transitoria o temporal toda vez que tiene una vigencia específica en el tiempo, generalmente de dos años, lo cual refuerza su obligatoriedad, porque durante su vigencia la administración debe hacer uso de él para llenar las vacantes que originaron el llamamiento a concurso.

La conformación de la lista de elegibles, así entendida, genera para quienes hacen parte de ella, un derecho de carácter subjetivo, que consiste en ser nombrados en el cargo para el que concursaron, cuando el mismo quede vacante o esté desempeñando por un funcionario o empleado en encargo o provisionalidad.

### **La autorización del uso de listas de elegibles como parte del régimen para la provisión de los empleos de carrera administrativa.**

La Corte Constitucional en numerosas oportunidades ha sentado jurisprudencia en el sentido de que "*las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con*

---

<sup>3</sup>Ibídem.

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 – 2020)  
Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia  
Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán  
Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

*ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme*"<sup>5</sup>. De igual manera se ha establecido pacíficamente que las bases del concurso se convierten en reglas particulares de obligatorio cumplimiento tanto para los participantes como para la entidad convocante, razón por la cual deben ser respetadas y resultan inmodificables y cambiar las reglas que han generado confianza legítima en quienes participan, conduciría a la ruptura del principio de la buena fe y atentaría contra la igualdad, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad, todos ellos principios que ineludiblemente rigen la actividad administrativa.<sup>6</sup>

Por otra parte, es posible que el legislador o la misma entidad convocante, permita hacer uso del registro de elegibles para proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Así lo ha entendido la Corte constitucional en distintos fallos, el primero de ellos fue la sentencia C-319 de 2010, en el marco del estudio de constitucionalidad del artículo 145 de la Ley 201 de 1995, una norma especial que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, creó para la Defensoría del Pueblo, en el que establecía la posibilidad de utilizar la lista de elegibles para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación. En esta oportunidad, la Corte resolvió declarar exequible la norma demanda entendiendo que una interpretación conforme con la Constitución apuntaba a que cuando se tratara de proveer una vacante de grado igual, que tuviera la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador.

En esta providencia, la Corte Constitucional, acogió el criterio según el cual, las listas de elegibles, mientras estén vigentes, pueden ser extendidas o utilizadas para proveer empleos adicionales a los originalmente ofertados, siempre y cuando sean iguales a los inicialmente sacados a concurso. Ello porque (i) de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución, la regla general es que los empleos públicos son de carrera y deben ser provistos a través de concursos públicos que permitan comprobar, verificar y medir el mérito; y (ii) en virtud de la aplicación de criterios de razonabilidad, eficiencia y economía en el gasto público, de tal manera que se le dé el mayor uso posible a la lista de elegibles mientras esté vigente.

En otra ocasión, la Corte marcó un precedente jurisprudencial mediante la sentencia SU-446 de 2011, en la cual adopta una posición claramente distinta al estudiar la utilización de las listas de elegibles en el sistema de carrera de la Fiscalía General de la Nación, producto de las múltiples tutelas que se habían interpuesto por la utilización de las listas que se generaron con los concursos realizados en el año 2007 por dicha entidad. En esta providencia sostuvo que *"el registro de elegibles debe ser utilizado únicamente para llenar exclusivamente las vacantes señaladas en la respectiva convocatoria" (...)* *"teniendo en cuenta que las pautas o reglas de los concursos públicos para el acceso a la carrera son inmodificables y que a la Administración no le es dado hacer ninguna variación de ellas porque se lesionarían los derechos y principios propios del Estado Social de Derecho que nos rige"*.

No obstante lo anterior, aclaró que dicha sentencia en nada contradecía a la sentencia C-319 de 2010, pues tanto el Legislador cuando regula uno de los regímenes de carrera especial, o la «entidad convocante», pueden disponer la posibilidad de que la lista de

<sup>5</sup> Corte Constitucional sentencia SU-913 de 2009.

<sup>6</sup> Ver entre otras, sentencias T- 256 de 1995, SU-446 de 2011 y T-256 de 2008.

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)  
Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia  
Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán  
Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

elegibles sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente ofertados en el concurso de méritos, siempre que estos sean de la misma naturaleza, perfil y denominación que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria.

Dijo entonces la Corte:

*“6.5. Es importante señalar que lo expresado hasta aquí no contradice ni desconoce lo expuesto en la sentencia C-319 de 2010 sobre el deber de la administración de hacer uso del registro de elegibles cuando existan vacantes de la misma identidad de los cargos convocados, por cuanto en dicho fallo se analizó una norma especial que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, creó para la Defensoría del Pueblo, entidad con un régimen especial de carrera. Es cierto que la Fiscalía General de la Nación también tiene un régimen especial de carrera, frente a la cual el legislador no consagró una norma igual o similar a la que fue analizada en esa oportunidad por esta Sala, razón por la que no se puede afirmar que nos encontremos ante supuestos de hecho iguales que exijan el mismo tratamiento jurídico.*

*Lo anterior significa que es potestad del legislador señalar en la ley general de carrera o en las leyes de carrera especial que con el registro de elegibles se pueden proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Facultad que también puede ostentar la entidad convocante, quien en las reglas que regirán el concurso puede señalar expresamente que la lista que se configure servirá para proveer las vacantes que se lleguen a presentar en vigencia de la lista para empleos de la misma naturaleza y perfil. La introducción de este criterio es una pauta de obligatoria observancia para la administración, que le permitirá, en el término de vigencia del registro de elegibles que se llegue a conformar, proveer las vacantes que se lleguen a presentar, por cuanto expresamente habilitó el uso de ese acto administrativo para tal efecto.”<sup>7</sup>*

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

El Consejo de Estado también se ha ocupado de estudiar la legalidad de la regla que habilita el uso de la lista de elegibles para proveer cargos que no fueron ofertados en la convocatoria a concurso, siempre que sean equivalentes o similares. En sentencia de 26 de julio de 2018, proferida en el expediente 2015-1101 (4970-2015), la Sección Segunda de esta Corporación conservó la presunción de legalidad de varios apartados del Acuerdo No. 001 de 9 de abril de 2015, “por el cual se convoca y se fijan las bases y el cronograma del Concurso de Méritos Público y Abierto para el nombramiento de Notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial”:

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional sentencia SU 446 de 2011.

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)  
Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia  
Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán  
Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

*“Agrega esta Corporación, que la regla jurisprudencial que autoriza el uso de la lista de elegibles, mientras estén vigentes, para proveer cargos diferentes a los que fueron ofertados, siempre que sean de la misma naturaleza, perfil y denominación, y se haya establecido así en las bases de la respectiva convocatoria, tiene un claro arraigo constitucional, pues, materializa principios fundamentales de la función administrativa consagrados en el artículo 209 Superior, tales como economía, celeridad, eficiencia y eficacia, garantizando que un mayor número de plazas o empleos, sean provistas con quienes superaron todas las etapas del concurso y se ubicaron en la lista de elegibles.  
(...)”*

*Por otra parte, también se garantiza el postulado fundamental del mérito contenido en el artículo 125 de la Constitución, pues, permitir el uso de las listas de elegibles, mientras estén vigentes, para proveer empleos adicionales a los inicialmente ofertados, pero iguales o equivalentes a estos, parte precisamente, de la premisa según la cual, las personas designadas tienen comprobados méritos para desempeñar el cargo de notario. Es decir, se están nombrando a personas que han superado un concurso de mérito, diseñado de acuerdo a las necesidades del servicio y, especialmente, para cargos de igual naturaleza y categoría, es decir, no se trata de un mecanismo de ingreso automático a la función pública, arbitrario e inconsulto. Ello apunta a hacer más eficiente el uso del talento humano, en cuanto se acude a personal capacitado y previamente evaluado sobre las condiciones necesarias para el ejercicio de los cargos por proveer. De esta manera, se asegura que a la función pública accedan los mejores y los más capaces funcionarios, descartándose la inclusión de otros factores de valoración que son contrarios a la esencia misma del Estado Social de Derecho, y a la filosofía que inspira el sistema de carrera, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo, pues, mientras se surten los nuevos concursos, los cargos de carrera a proveer quedarían sujetos a la sola voluntad del nominador y lo serían a través de la figura de la provisionalidad.*

*Y finalmente, se garantiza el ejercicio del derecho subjetivo de que son titulares quienes hacen parte de la lista de elegibles, en cuanto permite que éstos accedan a un cargo igual para el que concursaron y demostraron su idoneidad.  
(...)”*

*En el caso objeto de análisis, observa la Sala que en lo que tiene que ver con la utilización de las listas de elegibles en el Sistema Específico de Carrera Notarial, para el último concurso de méritos, de acuerdo con el artículo 1º del Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, en las bases mismas de la convocatoria se estableció que una vez provistos la totalidad de los cargos ofertados en la convocatoria, se puedan usar los registros de elegibles, para proveer eventuales cargos vacantes, aunque estos no hayan sido objeto de oferta en el proceso de selección, así como para proveer las notarías que se lleguen a crear durante la vigencia de las listas de elegibles.*

*Por lo tanto, para la Sala se encuentran satisfechas las dos condiciones exigidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando habilitó el uso de las listas de elegibles para proveer empleos no ofertados inicialmente en la respectiva convocatoria, esto es, (i) que las bases de la respectiva convocatoria así lo establezca, y (ii) que los cargos que no fueron sacados a concurso al inicio del proceso de selección, y que se proveerían con las listas de elegibles, sean iguales o equivalentes a aquellos para los que se conformaron esos registros de elegibles.”*

Así las cosas, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, señalaron, que la «entidad convocante» pueda disponer la posibilidad de que la lista o registro definitivo

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)  
Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia  
Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán  
Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

de elegibles, sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente de oferta en el concurso de méritos, siempre que: (i) dicha regla sea prevista en las reglas del concurso, es decir, en las bases de la convocatoria, y (ii) que estos nuevos empleos sean de la misma denominación, naturaleza y perfil que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria.

### **Análisis del caso concreto.**

En el caso sometido a consideración, las accionantes pretenden que se amparen los derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa por meritocracia, Igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso y confianza legítima, y en consecuencia sean nombradas en periodo en el cargo de carrera denominado DEFENSOR DE FAMILIA, código 2125, grado 17, conforme a la lista de elegibles que se conformó en la resolución CNSC - 20182230073855 del 18 de julio de 2018.

El juez de primera instancia determinó en fallo del 26 de febrero de 2020 negar la acción constitucional con base en la irretroactividad de las leyes, pues las actoras solicitan la aplicación de la ley 1960 de 2019 aun cuando la lista de elegibles conformada mediante resolución Nro. CNSC - 20182230073855 del 18 de julio de 2018 quedó en firme el 31 de julio de 2018.

Analizando el acervo probatorio allegado al expediente, considera la sala que está debidamente acreditado que las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán participaron en la convocatoria Nro. 433 de 2016, superando todas las etapas del concurso de méritos y en razón de ello ocuparon las posiciones Nro. 26, 28 y 29 en la lista de elegibles conformada mediante resolución CNSC - 20182230073855 del 18 de julio de 2018, para proveer 23 vacantes del empleo identificado con código OPEC no. 34795, denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

El artículo 31 numeral 4° de la ley 909 de 2004, establecía, antes de su modificación, que las listas de elegibles solo podían usarse para proveer los cargos ofertados en cualquier concurso de méritos presidido por la Comisión Nacional del Servicio Civil. En consecuencia, dicha norma excluía la posibilidad de utilizar la lista para conferir nombramientos de vacantes definitivas surgidas con posterioridad a la respectiva convocatoria, y en concordancia con esta disposición el Decreto 1894 de 2012, a su vez compilado por el Decreto 1083 de 2015, estableció lo siguiente:

*“Parágrafo 1°. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.”<sup>8</sup>*

Finalizada la etapa clasificatoria y eliminatoria del concurso de méritos en mención, la Comisión Nacional del Servicio Civil emitió las resoluciones por medio de las

---

<sup>8</sup> Decreto 1894 de 2012, artículo 1°.

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)  
Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia  
Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán  
Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

cuales se conformaron las listas de elegibles para varias de las OPEC ofertadas en la convocatoria 433 de 2016.

La redacción del artículo 4° de los actos administrativos emitidos por la CNSC, incluida la resolución CNSC - 20182230073855 del 18 de julio de 2018, fue la siguiente:

*“ARTÍCULO CUARTO.- Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados.”*

Lo anterior, significa que la redacción original de dicho canon, permitía conferir nombramiento para ocupar vacantes definitivas surgidas con posterioridad al inicio de la convocatoria 433 de 2016.

Sin embargo, aun cuando el ámbito de aplicación del decreto 1894 de 2012, debía seguir la consideración general de que las pautas de la convocatoria son inmodificables, porque de lo contrario se vulnera la confianza legítima y el principio de buena fe, la Resolución Nro. 20182230156789 del 22 de noviembre de 2018 de la Comisión Nacional del Servicio Civil revoca el artículo 4° de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la convocatoria 433 de 2016- ICBF, por considerar que las disposición *“no se encuentra en consonancia con el Decreto 1894 de 2012, la reiterada jurisprudencia de unificación de la Corte Constitucional y el marco regulatorio fijado por el Acuerdo 20161000001376 del de septiembre de 2016... en particular, lo dispuesto en el artículo 62 ibídem”*.

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

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

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)  
Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia  
Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán  
Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que aunque la redacción original del numeral 4° del artículo 31 de la ley 909 del 23 de septiembre de 2004 dictó que con la lista de elegibles “se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso”, la ley 1960 del 27 de junio de 2019, modificó tal artículo, según el cual con la lista de elegibles “se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad”.

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

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

*“...la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva.*

*En este sentido, ha sido unánimemente aceptado por la jurisprudencia de todas las Altas Cortes que si bien en principio las normas jurídicas solo tienen aplicabilidad a situaciones que tuvieron lugar con posterioridad a su vigencia, ello no presenta impedimento alguno para que, en los casos en los que la situación jurídica no se ha consolidado o sus efectos siguen surtiéndose, una nueva norma pueda entrar a regular y a modificar situaciones surtidas con anterioridad a su vigencia.”<sup>9</sup>*

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

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

En resumen, considera la Sala que pretender modificar las reglas que regían la convocatoria, o hacer oponible el cambio normativo dado con el Decreto 1894 de 2012 a las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán, en aplicación del cual se revocó el artículo 4° de la resolución Nro. CNSC -

<sup>9</sup> Corte Constitucional, sentencia T-569 de 2011. En igual sentido las sentencias 1-156 de 2012 y 1-180 de 2015.

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)  
Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia  
Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán  
Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

20182230073855 del 18 de julio de 2018, viola el debido proceso, que en el caso concreto deriva en una vulneración al derecho al acceso a cargos públicos y lesiona el derecho al trabajo de quien se ve privado del acceso a un empleo o función pública a pesar de la existencia de unas reglas que permitían el uso de listas de elegibles para proveer vacantes definitivas ofertadas por la convocatoria y que generaron la confianza legítima en la administración.

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

Por lo expresado anteriormente, se revocará la sentencia de primera instancia que negó el amparo de los derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa por meritocracia, Igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso y confianza legítima, de las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por mandato de la Ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO. - REVOCAR**, la sentencia de primera instancia del 26 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante la cual negó la acción de tutela presentada por las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán, y en su lugar **CONCEDER** la tutela de los derechos de las actrices a la carrera administrativa por meritocracia, Igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso y confianza legítima.

**SEGUNDO. - ORDENAR** al Instituto Colombiano de Bienestar familiar - ICBF, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta sentencia, solicite a la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC la autorización del uso de la lista de elegibles y efectúe los trámites administrativos necesarios para nombrar y posesionar en periodo de prueba a las señoras Alexis Díaz González identificada con C.C. 38.362.619 de Ibagué-Tolima, , María Cecilia Arroyo Rodríguez identificada con C.C. 52.232.317 de Bogotá D.C. y Yennifer Ruiz Gaitán identificada con C.C. 65.632.956 de Ibagué- Tolima, en el empleo identificado con el código OPEC Nro. 34782 denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17 del Centro Zonal Jordán, Regional Tolima, conforme a la lista de elegibles establecida en la resolución CNSC - 20182230073855 del 18 de julio de 2018.

**TERCERO.- NOTIFICAR** a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)  
Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia  
Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán  
Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

**CUARTO.** - Ejecutoriada esta providencia, **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro del término previsto en el artículo 32 ibídem.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO**  
Magistrado

  
**ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA**  
Magistrado

**JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA**  
Magistrado.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN  
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente:  
**LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS**

Proyecto presentado, discutido y aprobado en sala de decisión del nueve (09) de junio de dos mil veinte (2020).

<b>PROCESO</b>	<b>ACCIÓN DE TUTELA</b>
<b>ACCIONANTE</b>	<b>ÁNGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO</b>
<b>ACCIONADO(S)</b>	<b>INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC</b>
<b>VINCULADOS</b>	<b>ASPIRANTES INSCRITOS LISTA ELEGIBLES CONVOCATORIA #433 DE 2016 DEL ICBF CONCURSO OPEC #38826 “PROFESIONAL ESPECIALIZADO CÓDIGO 2028 GRADO 17”</b>
<b>RADICADO</b>	<b>19-001-31-05-002-2020-00072-01</b>
<b>INSTANCIA</b>	<b>SEGUNDA - IMPUGNACIÓN SENTENCIA</b>
<b>TEMAS Y SUBTEMAS</b>	<b>DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, TRABAJO Y EL ACCESO A CARGOS PÚBLICOS.</b>
<b>DECISIÓN</b>	<b>Se confirma la sentencia impugnada.</b>

## **1. ASUNTO A TRATAR:**

Procede esta Sala a resolver la impugnación formulada por la parte accionada, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, frente a la sentencia de tutela proferida el veintiocho (28) de abril del año dos mil veinte (2020), por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, Cauca, mediante la cual se concedió la protección constitucional invocada por la accionante.

## **2. ANTECEDENTES**

### **2.1.- La demanda y su fundamento:**

Invocando la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y el acceso a cargos públicos, a nombre propio, promovió acción de tutela contra Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que el juez de tutela luego de la protección de sus derechos fundamentales, ordene a las accionadas realicen los trámites administrativos pertinentes para que se dé cumplimiento a lo ordenado en los artículos 6° y 7° de la Ley 1960 de 2019, y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles contenida en la Resolución Nro. 20182020064285 del 22 de junio de 2018, para que la nombren y posesionen en una de las 591 vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017, y así evitarle un perjuicio irremediable.

Como *fundamentos fácticos* la actora expone que, mediante Acuerdo Nro. 20161000001 del 05 de septiembre de 2016, la Comisión Nacional del Servicio Civil, convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF.

Que la actora se inscribió para optar por 4 vacantes del empleo identificado con el código OPEC Nro. 38826, denominado Profesional Especializado Código Nro. 2028, Grado 17.

La CNSC mediante Resolución Nro. 20182020064285 del 22 de junio de 2018 conforma la lista de elegibles, quedando la accionante en el quinto lugar y mediante Resolución Nro. 9544 del 26 de julio de 2018 el ICBF nombró en periodo de prueba a quienes habían quedado en los primeros cuatro lugares de la lista de elegibles.

El 22 de noviembre de 2018 la CNSC expidió la Resolución Nro. CNSC 20182230156785, que revoca el artículo 4 de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la convocatoria Nro. 443 de 2016, lo que impidió que el ICBF pudiese usar la lista de elegibles, para ocupar cargos creados nuevos, o en otra sede territorial.

De otro lado, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1479 de 2017 por el cual creó quinientos noventa y uno (591) cargos de carácter permanente, 17 iguales a los que optó la accionante en la convocatoria Nro. 433 de 2016.

Que el 27 de junio de 2019 se expidió la Ley 1960 que modificó la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998 cuyo artículo 6 establece: "El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedara así: *"Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborara en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes definitivas de cargos equivalente no convocadas, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad"*.

Que el 1° de agosto de 2019 la CNSC expidió el "Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019", donde adoptó:

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

Que a la fecha no cuenta con posibilidad real de acceder a un cargo público ofertado por el ICBF en el citado concurso de méritos, dado que las únicas cuatro vacantes que se ofertaron en la OPEC 38826, Código 2028 Grado 17, están ocupadas, y según la directriz, dicha lista de elegibles de la que hago parte no podrá ser tenida en cuenta ya que fue expedida por un proceso de selección que se adelantó con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019, pese a que el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019, precisa que dicha ley rige a partir de la fecha de su publicación, por la que tanto el ICBF como la CNSC deben acatar lo preceptuado por ella, y proveer las vacantes creadas por el Decreto 1749 de 2017 con las listas de elegibles expedidas en razón de la Convocatoria 433 de 2016, que para el caso en concreto cuenta con vigencia hasta el 10 de julio de 2020.

En la respuesta dada a la petición realizada el día 17 de marzo del año corrientes, en el punto dos, el ICBF pone de manifiesto que en la Regional Cauca existen dos vacantes definitivas provistas en provisionalidad, una en la ciudad de Popayán y otra en el Municipio de Santander de Quilichao (Fls. 24 al 26 cd. juzgado).

## **2.2.- Respuesta de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF:**

A través del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad, se opuso a la prosperidad de la presente acción constitucional, bajo el argumento que no ha incurrido en ninguna conducta violatoria de la ley, o derechos fundamentales de la accionante, pues su actuación se ha ceñido a la normatividad y jurisprudencia vigente.

Que se ha dado respuesta de fondo y en forma oportuna a todas las peticiones realizadas por la actora.

Expuso que el proceso para proveer las vacantes de la convocatoria 433 de 2016 para el empleo Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 OPEC (38826) en el que participó la accionante Ángela Cecilia Astudillo Montenegro, ya se surtió con el nombramiento y posesión de los participantes que ocuparon los 4 primeros lugares.

Explica, para el Departamento del Cauca, en este momento hay 2 vacantes en los municipios de Popayán y Santander de Quilichao.

Que de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, el Decreto 1894 de 2012 y la jurisprudencia constitucional (SU-446 de 2011), las listas de elegibles solo pueden usarse para proveer cargos ofertados al momento de la respectiva convocatoria y por tal razón, resulta improcedente acceder a sus pretensiones para que a partir del uso de la lista de elegibles en la que se encuentra, sea nombrada en una vacante distinta a la ofertada bajo el número OPEC 39958.

Que la Ley 1960 de 2019, no es aplicable en el presente caso, como quiera que rige a futuro y por ende, no puede cobijar los acuerdos de convocatoria aprobados antes de su entrada en vigencia, esto es, antes del 27 de junio de 2019, más aún cuando la lista de elegibles en la que se encontraba la accionante

(Resolución N° CNSC 20182230040835 del 26 de abril de 2018) cobró firmeza el 9 de junio de 2018.

Que tampoco le es aplicable la Sentencia de segunda instancia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca del 18 de noviembre de 2019, accionante Jessica Lorena Reyes Contreras, radicado 76001333302120190023401, que tiene solo efectos inter comunis para la lista de elegibles de la OPEC 39958, Cargo Profesional Universitario, código 2044 grado 8. (Folios 33 a 44)

### **2.3. Respuesta de la Comisión Nacional de Servicio Civil - CNSC.**

A través del asesor jurídico de la entidad, mediante escrito solicitó la declaración de improcedencia de la acción de tutela, por cuanto esta no es la vía para reclamar este tipo de derechos, al existir otra vía judicial, que no es otra que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Que respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 es necesario advertir que la misma tiene vigencia desde su publicación esto es, desde el 27 de junio de 2019, no tiene efectos retroactivos y su aplicación se hará para convocatorias posteriores a su entrada en vigencia.

Finalmente, solicita se declare la improcedencia de la tutela, y la desvinculación de la acción, por cuanto la Comisión Nacional del Servicio Civil “CNSC”, carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que si bien es cierto esa entidad adelantó el proceso de concurso para proveer los empleos vacantes en la planta de personal del ICBF, también lo es que no tiene ninguna competencia respecto de la administración de la planta de personal del ICBF, pues la facultad para nombrar y retirar servidores públicos se encuentra en cabeza del Representante legal de la entidad en este caso, la Directora del ICBF. (Folios 68 a 75)

## **2.4. Respuesta de los vinculados:**

Pese a estar debidamente notificados y vinculados a la presente acción de tutela, ninguno se pronunció frente a los hechos de la acción.

## **3. LA SENTENCIA IMPUGNADA.**

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, mediante sentencia del 28 de abril de 2020, **declaró** la procedencia de la acción de tutela, y **protegió** los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la señora Ángela Cecilia Astudillo Montenegro. En consecuencia, **ordenó** a la Comisión Nacional del Servicio Civil “CNSC”, que (i) dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes de notificada esta decisión, oferte los cargos de Profesional Universitario Código 2028, Grado 17 creados mediante el decreto 1479 de 2017 para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y respecto del registro de elegibles contenido en la Resolución Nro. CNSC 20182020064285 del 22 de junio de 2018, sin que pueda exceder un mes calendario; (ii) elabore la lista de elegibles dentro de los quince (15) días siguientes al vencimiento para optar y una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los cinco (5) días siguientes al ICBF que deberá nombrar a la aspirante dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo de las listas, observando en todo caso el estricto orden de mérito.

Indica el juez, **como argumento de su decisión**, que *“además de la procedencia de este mecanismo constitucional, pese a la existencia de otro mecanismo judicial ante la seria posibilidad de que se configure un perjuicio irremediable para la tutelante dado el vencimiento próximo del registro elegibles que le impediría acceder al empleo público, encuentra esta instancia que el argumento expuesto por las tuteladas, respecto a la imposibilidad jurídica de que se utilice el registro de elegibles en el que se encuentra la actora para cubrir las vacantes creadas, que incluye el cargo para*

*el que concurso, bajo la premisa de que es anterior a la vigencia de la ley 1960 de 2019, impone una restricción que no se desprende de su art. 6, destacando que para el 27 de junio de 2019, el referido registro se encontraba vigente dada su vigencia de 2 años. En este contexto resulta extraño argüir una aplicación retroactiva de la norma que impide, sin razón, el derecho de la accionante a acceder al empleo público por el sistema de mérito que tiene rango constitucional (art. 125), desconociéndose de paso el principio de favorabilidad en términos del art. 53 superior.*

*De su lectura no se desprende la interpretación restrictiva que hace la entidad, pues la norma claramente prevé que la lista de elegibles y en estricto orden de mérito cubrirá las vacantes para las que se efectuó el concurso y “las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad”. En este evento es indudable de que se trata de una vacante definitiva de un cargo para el que concurso la accionante, aspecto que no es objeto de discusión, surgida con posterioridad a la convocatoria, sin que la norma haga alusión a que solo aplica para aquellos registros de elegibles posteriores a su vigencia. Una tesis distinta implica un abierto desconocimiento del debido proceso.*

*Aclara que si bien existe una orden de tutela con efectos inter comunis proferida el 18 de noviembre de 2019 por el H. Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en acción de tutela interpuesta en contra de las entidades accionadas, la misma solo amparó el derecho de aquellos integrantes que hacían parte del registro de elegibles contenido en la Res. CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018, que es distinto al que se ubica la accionante, por lo que sus efectos no le son extensivos”.*

Mediante auto de fecha 05 de mayo de 2020, el juzgado aclaró la sentencia en mención, indicando: **Primero.-** Aclarar la sentencia de Tutela No. 025, interpuesta en la acción constitucional interpuesta por ÁNGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL “CNSC” en

el sentido de indicar que para todos los efectos el cargo con Código OPEC N° 38826 su denominación correcta es PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, creado por el Decreto 1479 de 2017.

#### **4. LA IMPUGNACIÓN INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF:**

Argumenta el apoderado: (i) el juez no aplicó el principio de rigurosidad del precedente para determinar la procedencia de la tutela, pues existen fallos de la Corte Constitucional que tratan problemáticas de las fases de los concursos, más no de actos posteriores a la expedición de las listas de elegibles, que son actos que concluyen con toda la fase de selección; (ii) no tuvo en cuenta que el ICBF debe adelantar un serie de acciones que implican destinación de recursos públicos, conforme a la legislación vigente, se debe pagar el uso de la lista de elegibles a la CNSC.

Argumenta que no había trascendencia del asunto porque no estaba en discusión alguna irregularidad en el proceso del concurso y por cuanto la lista de elegibles había sido proferida y fueron nombrados quienes ocuparon los primeros puestos, casos en los que la Corte ha establecido la especial protección de la tutela, no con posterioridad a la emisión de la lista de elegibles y con la discusión de problemas jurídicos complejos como la aplicación de una nueva noma en el tiempo.

Adicionalmente, reitera que, en el presente caso la acción de tutela deviene improcedente, por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, así como de subsidiariedad y perjuicio irremediable, puesto que:

(i) Ya se publicó la lista de elegibles y ya adquirió firmeza, la cual se conformó para proveer 4 vacantes y en dicha lista la accionante ocupó la posición 5.

(ii) La accionante no cuestiona dicha lista sino situaciones que surgieron con posterioridad, específicamente el hecho no se haya aplicado directamente el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, para efectos de su nombramiento en las nuevas vacantes creadas con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016;

(iii) El ICBF ya le informó a la actora que procederá a hacer su nombramiento, una vez se surtan una serie de gestiones y procedimientos que se están adelantando por parte del instituto, y una vez la CNSC apruebe el uso de la lista de elegibles.

(iv) La accionante exige el cumplimiento del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 (que modificó el numeral 4 de la Ley 909 de 2004), desconociendo que la misma norma (artículo 2) creó el derecho a los empleados de carrera administrativa a concurso de ascenso y movilidad horizontal, para lo cual, la Ley otorgó término a la Comisión Nacional del Servicio Civil, para regular el derecho.

Igualmente, el ICBF advierte que no ha incurrido en ninguna actuación vulneradora de derechos fundamentales de la actora, puesto que, hizo los nombramientos a que había lugar de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 (vigente para el momento en que se dio apertura a la convocatoria), el Decreto 1894 de 2012 y la jurisprudencia constitucional (sentencia SU-446 de 2011).

Solo hasta el 16 de enero de 2020, hace poco más de tres meses, la CNSC, como órgano rector de la carrera administrativa, emitió el criterio unificado “uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”, en virtud del cual se hará uso

de las listas conforme a la mencionada Ley, lo cual implica llevar cabo una serie de procedimientos complejos y un trámite presupuestal que se están adelantando en el momento.

Con base en lo expuesto en este escrito, solicita: PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, del 28 de abril de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, en el marco de la acción de tutela de la referencia.

En su lugar, solicita DECLARAR IMPROCEDENTE la acción, por no cumplir los requisitos de: (i) trascendencia iusfundamental del asunto; (ii) subsidiariedad y perjuicio irremediable.

Subsidiariamente, solicita que sea NEGADA, al no advertirse violación de derechos fundamentales por parte del ICBF.

## **5. PRESUPUESTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES.**

### **5.1. Competencia:**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, la sentencia de tutela puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, para ante el superior jerárquico, a quien se le confiere competencia para resolverla y en el caso sub – judice, le corresponde al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, a través de su Sala Laboral.

### **5.2. Capacidad jurídica:**

La accionante es persona mayor de edad y tiene facultades, para actuar en defensa de sus derechos fundamentales, por medio de la presente acción.

Las entidades accionadas e intervinientes, como personas jurídicas de naturaleza pública, actuaron a través de su representante legal o apoderado judicial, cada uno legalmente autorizado para representarlas en sede judicial.

### **5.3. Sobre la procedencia de la acción de amparo:**

Para responder a este cuestionamiento del recurso de impugnación, la Sala CONFIRMA la decisión de Primera Instancia sobre la procedencia de la presente acción de amparo, con fundamento en las siguientes premisas:

**5.3.1.** La acción de tutela fue concebida para guardar el imperio de la Constitución, como mecanismo de defensa y protección inmediata de los **derechos fundamentales**, a través de un procedimiento preferente y sumario, que conduce a expedir una declaración judicial cuyo contenido es emitir órdenes de efectivo e inmediato cumplimiento.

La procedencia de la acción de tutela se supedita a la comprobación de una afectación material o de una amenaza latente a un derecho de rango fundamental, que justifica la excepcional y pronta intervención del juez constitucional para hacer cesar tales actos trasgresores, en aras de mantener el equilibrio consignado por la Constitución Política.

En consecuencia, la intervención del juez de tutela atiende a un criterio de excepcionalidad y su ámbito de competencia se circunscribe estrictamente a la presunta vulneración de derechos fundamentales, sin ser dable que invada la órbita de competencias de los jueces ordinarios, pues estaría actuando en contra de la misma Constitución.

**5.3.2.** Tan evidente es el anterior mandato, que el inciso 3° del artículo 86 superior y el numeral 1° del artículo 6° del Decreto

2591 de 1991, prevén de manera expresa que éste mecanismo procederá únicamente, cuando el afectado carezca de otro medio de defensa judicial, **salvo**, que aquél se proponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; perjuicio que debe ser **inminente**, en el sentido de que amenaza o está por suceder prontamente; que las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser **urgentes**; que sea **grave**, y **que la orden del juez de tutela sea impostergable**. Es por tanto, una acción residual o subsidiaria que no está llamada a proceder como mecanismo alternativo o sustituto de las vías legales de protección de los derechos.

**5.3.3.** En relación con la procedencia de la acción de tutela frente a actos administrativos, la H. Corte Constitucional en sentencia T-094 de 2013, expuso:

*“En el caso específico de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular, se ha predicado por regla general su improcedencia a no ser que se invoque para evitar **la configuración de un perjuicio irremediable**. Ello, por cuanto el interesado puede ejercer las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, como medida preventiva solicitar dentro de ésta, la suspensión del acto que causa la transgresión. Sin embargo, el amparo constitucional es procedente en aquellos asuntos en los cuales se demuestre que pese a existir otros mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos fundamentales involucrados, éstos carecen de idoneidad para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.”*

Luego entonces, en cada caso, el juez constitucional deberá previamente analizar si el medio judicial ordinario o contencioso administrativo realmente brinda la protección inmediata del derecho fundamental que se encuentra inminentemente amenazado o vulnerado, es decir, si es efectivo e idóneo, o si, por el contrario, se trata de una alternativa meramente formal porque

no es eficaz para su salvaguarda o porque su curso ordinario representa una carga desproporcionada para el afectado, de tal forma que su tardanza puede configurar un perjuicio irremediable para sus derechos, ya que, de ocurrir lo primero, la persona debe acudir a la vía judicial ordinaria y no a la tutela, pues el carácter subsidiario de esta acción así lo exige.

**5.3.4.** Ahora, en materia contencioso administrativa, como consecuencia de lo estatuido en el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, debe tenerse en cuenta para efectos de lo anterior, en todos los procesos de carácter declarativo que se adelanten ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, desde la presentación de la demanda y en cualquier etapa del proceso, las partes podrán pedir al juez o magistrado el decreto y práctica de las medidas cautelares que se consideren necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia<sup>1</sup>, las cuales, incluso, de acreditarse su urgencia, podrán ser decretadas sin necesidad de notificar a la contraparte. De ahí que, quede evidenciado que el trámite dispuesto para las medidas cautelares en el nuevo ordenamiento procesal administrativo en cuanto a su oportunidad, requisitos de la solicitud, procedencia, términos y recursos, constituye un trámite independiente al previsto para las demás actuaciones que deban surtirse ante esa jurisdicción, incluso la admisión de la demanda, como quiera que su vigencia dependerá única y exclusivamente, de la persistencia de los hechos o circunstancias que las motivaron, independientemente del procedimiento que haya dado curso a la relación procesal<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> ARTÍCULO 229 CPACA. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda, o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

ARTÍCULO 234. MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya a lugar.

La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta.

<sup>2</sup> En providencia de 13 de mayo de 2014, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, en cuanto al decreto y práctica de las medidas cautelares

**5.3.5.** No obstante, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar, (i) cuando se acredita que los mismos no son lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral, o (ii) cuando no cuentan con la celeridad necesaria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En sentencia T-160 de 2018, la Corte Constitucional frente al perjuicio irremediable sostuvo:

*“En relación con el primer supuesto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio **para evitar un perjuicio irremediable, cuando se presenta una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible***<sup>3</sup>. Este amparo es eminentemente temporal, como lo dispone el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en los siguientes términos: “[e]n el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

*Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, en criterio de este Tribunal, deben concurrir los siguientes elementos: (i) el perjuicio ha de ser inminente, es decir, que está por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes; (iii) el perjuicio debe ser grave, esto es, susceptible de generar un daño trascendente en el haber jurídico de una persona; y finalmente, (iv) exige una*

---

en los procesos Contencioso Administrativos precisó lo siguiente: “Como ya se indicó, el trámite de las medidas cautelares es independiente a cualquier otro que se adelante dentro del proceso, de tal manera que la adopción de dichas medidas no está condicionada a la admisión de la demanda y/o a la firmeza del auto admisorio. La medida se adopta mediante una providencia motivada, inclusive, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda, o en cualquier estado del proceso. Según lo previsto en el artículo 231 del CPACA, la suspensión provisional de los actos administrativos demandados procederá, i) por violación de las disposiciones invocadas en la demanda, o ii) en la solicitud que se realice en escrito separado. Luego entonces, la norma permite que la solicitud de suspensión provisional se sustente en el concepto de violación que se exprese en la demanda, sin que ello signifique, que la adopción de dicha medida se condicione por ello, a la ejecutoria del auto admisorio de la demanda. En este orden de ideas, en el caso concreto, no existe impedimento procesal para entrar a decidir, en el término previsto en el artículo 233 del CPACA, la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos demandados.”

<sup>3</sup> Sentencia T-225 de 1993, Vladimiro Naranjo Mesa.

*respuesta impostergable para asegurar la debida protección de los derechos comprometidos<sup>4</sup>. En desarrollo de lo expuesto, en la Sentencia T-747 de 2008<sup>5</sup>, se consideró que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de “presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela”.*

**5.3.6.** En el presente caso, hay claridad y sin discusión, la accionante hace parte del registro de elegibles quedando en quinto lugar para proveer cuatro (4) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC N° 38826 denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del “ICBF”, según se verifica en la Resolución N° CNSC - 2018202064285 del 22 de junio de 2018, 2018. Además, que la vigencia de este registro es de 2 años, de conformidad con la Ley 1960 de 2019, vigencia que finaliza el 22 de junio de 2020.

Conforme a lo anterior, nos encontramos con la procedencia de la acción constitucional impetrada por la señora Ángela Astudillo, en tanto, estamos en presencia de la configuración de un perjuicio irremediable, en primer lugar, porque está debidamente probado que la vigencia de la lista de elegibles está por finalizar, es decir, en menos de un mes pierde vigencia, lo que generaría en la accionante una pérdida de cualquier derecho que se pueda desprender de la Convocatoria Nro. 433 de 2016 del ICBF, generando así que la acción contenciosa sea inocua y no cumpla con el objetivo de proteger los derechos de la actora, generando un perjuicio irremediable en la protección de sus derechos fundamentales.

---

<sup>4</sup> Ver, entre otras, las Sentencias T-225 de 1993 y T-808 de 2010.

<sup>5</sup> M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

En segundo lugar, las acciones contenciosas administrativas y sus medidas preventivas no serían eficaces, pues para el momento en que las mismas se estén tramitando ya habría perdido vigencia la lista de elegibles y con ello los posibles derechos que se derivan de esta lista y que se encuentran en cabeza de la accionante.

Pero además, ante las actuales condiciones que limitan la prestación del servicio de justicia en todas las jurisdicciones, incluso la administrativa, por razón de las medidas adoptadas para afrontar la pandemia del COVID19, la acción contenciosa no es el instrumento idóneo y expedito para la protección de sus derechos fundamentales y evitar el perjuicio irremediable a punto de padecer, puesto que se suspendió el servicio para la presentación de demandas contenciosas y de paso, la imposibilidad de solicitar las medidas cautelares, a mediados de abril de 2020, cuando se presenta esta tutela vía digital.

Por lo anterior, se comparte lo sostenido por el juez de instancia, cuando declaró la procedencia de la acción constitucional por configurarse un perjuicio irremediable.

## **6. ASUNTOS PARA RESOLVER**

Siguiendo el escrito de impugnación, La Sala debe resolver el siguiente **PROBLEMA JURÍDICO**:

¿Las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la señora ÁNGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO, al negar el nombramiento en un cargo igual a aquel para el que concursó, que se encuentra vacante, está de primera en la lista de elegibles vigente, por la omisión de aplicar la prórroga de la lista de elegibles, conforme a lo previsto en la Ley 1960 de 2019?

**La Tesis de la Sala** apunta a **confirmar** la sentencia de primera instancia, por cuanto, la Ley 1960 de 2019 entró a hacer parte del ordenamiento jurídico cuando se encontraba vigente la lista de elegibles para el cargo para el cual concursó la accionante, y en su artículo 6° numeral 4, regula con claridad que la lista de elegibles cubre las vacantes para las que se efectuó el concurso y las que surjan con posterioridad a la convocatoria, sin especificar ningún termino de vigencia y de aplicación, como si lo hizo el legislador con los encargos que reguló en el artículo 1° parágrafo 1° de la mencionada ley.

Las razones son las siguientes:

**6.1.** La Corte Constitucional en sentencia T-606 de 2010, indica:

*“En la Carta de 1991 se regula, la función pública debe ser desarrollada teniendo en cuenta algunos principios constitucionales como, el mérito, la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la imparcialidad, la transparencia, la celeridad y la publicidad.”<sup>[15]</sup>*

*De acuerdo con lo anterior, la misma Constitución Política señaló que el principio constitucional del mérito es uno de los pilares del Estado Social de Derecho, dispuesto por el artículo primero de la misma norma, pues de éste depende el desarrollo del principio democrático y del interés general. El mérito se materializa a través del concurso público, el cual, tiene como finalidad “evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa”<sup>[16]</sup>.<sup>[17]</sup>*

*Por tanto, la finalidad del concurso público es hacer que el mérito de los aspirantes que pretenden acceder a un cargo de la función pública, predomine ante cualquier otra determinación. Este concurso despliega un proceso en el cual se evalúan las calidades de cada uno de los candidatos bajo condiciones de igualdad, y así excluir nombramientos “arbitrarios o clientelistas o, en general, fundados en intereses particulares distintos de los auténticos intereses públicos.”<sup>[18]</sup>*

**7.2.** En la misma sentencia T-606 de 2010, frente al concurso público, expuso que es un procedimiento mediante el cual se garantiza que la selección de los aspirantes para ocupar cargos públicos se funde en la *“evaluación y en la determinación de la capacidad e idoneidad de éstos para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo”*. De esta manera, *“se impide la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios ‘subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (...), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante.”*<sup>[19]</sup><sup>[20]</sup>

La Corte Constitucional en sentencia T-606 de 2010 ha señalado, que si bien, con el concurso de méritos se busca la objetividad en la selección de los ciudadanos para ser nombrados en cargos públicos, para que éstos puedan acceder a la función pública en igualdad de condiciones, en estos procesos, además, se deben analizar y evaluar todos los factores que exhiba un candidato para ocupar un cargo de la administración, por lo que, en virtud de ello, serán tenidos en cuenta factores en los que no es posible la objetividad *“pues ‘aparece un elemento subjetivo que, en ciertas ocasiones podría determinar la selección, como sería, por ejemplo, el análisis de las condiciones morales del aspirante, su capacidad para relacionarse con el público, su comportamiento social, etc.”*<sup>[21]</sup><sup>[22]</sup>. Sin embargo, así exista un elemento subjetivo en la evaluación, la finalidad del concurso es *“desterrar la arbitrariedad”*<sup>[23]</sup>

De igual forma ha indicado que la selección objetiva para acceder a los cargos públicos, conlleva una consecuencia adicional, y es que, una vez terminado dicho proceso y se han establecido los resultados de cada aspirante en cada una de las pruebas y ponderado los factores objetivos y subjetivos requeridos para

ocupar el respectivo cargo, se nombre al participante más idóneo y capacitado, es decir, aquel que ocupó el primer lugar.

**7.3.** Para la Corte Constitucional, frustrar el derecho legítimo que tienen las personas seleccionadas en los procesos de concurso de méritos a ser nombradas en los cargos para los cuales concursaron, conlleva una violación de sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo.

En palabras de la Corporación:

*“la Corte mediante la sentencia SU-133 de 1998, sostuvo que se quebranta el derecho al debido proceso –que, según el artículo 29 de la Constitución obliga en todas las actuaciones administrativas- y se infiere un perjuicio cuando el nominador cambia las reglas de juego aplicables al concurso y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. Así mismo, se lesiona el derecho al trabajo cuando una persona es privada del acceso a un empleo o función pública a pesar de que el orden jurídico le aseguraba que, si cumplía con ciertas condiciones –ganar el concurso-, sería escogida para el efecto. En idéntica línea se conculca el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, cuando se otorga trato preferente y probadamente injustificado a quien se elige sin merecerlo, y trato peyorativo a quien es rechazado no obstante el mérito demostrado.”<sup>6</sup>*

En esa misma medida, precisó la Corte que tal curso de acción también *“equivaldría a vulnerar el principio de la buena fe –Artículo 83 de la Carta- al defraudar la confianza de quien se sometió a las reglas establecidas para acceder a un cargo de carrera administrativa después de haber superado todas las pruebas necesarias para determinar que él había ocupado el primer lugar y, por contera, los derechos adquiridos en los términos del artículo 58 Superior”<sup>7</sup>.*

---

<sup>6</sup> Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

<sup>7</sup> Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

**7.4.** La jurisprudencia constitucional, en sentencia SU-913 de 2009, también ha aclarado que las listas de elegibles que se encuentran en firme son inmodificables, en virtud del principio constitucional de buena fe y de la confianza legítima que ampara a quienes participan en estos procesos<sup>8</sup>.

En desarrollo de esta postura, la Corte Constitucional en sentencia SU-913 de 2009, explicó que los actos administrativos que establecen las listas de elegibles, una vez en firme, crean derechos subjetivos de carácter particular y concreto que no pueden ser desconocidos por la Administración:

*“Cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una de las personas que la conforman.*

*... (...)*

*Lo cierto es que una vez en firme, el acto administrativo que contiene la lista de elegibles no puede ser modificado en sede Administrativa, sin perjuicio de la posible impugnación que se surta en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria. Por ello, cuando el nominador designa para desempeñar un cargo de carrera a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desplazando a quien la antecede por haber obtenido el mejor puntaje, lesiona sin lugar a dudas*

---

<sup>8</sup> Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

*derechos fundamentales, entre ellos, el de igualdad, el derecho al trabajo y el debido proceso. Como también se lesionan los derechos fundamentales de quienes ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles cuando se reconstituyen dichas listas sin existir justo título que así lo autorice”<sup>9</sup>.*

**7.5.** En el presente caso, está en discusión el alcance del numeral 4, del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, que reza:

**“ARTÍCULO 6o.** *El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:*

*“Artículo 31. El Proceso de Selección comprende:*

*1. (...)*

*2. (...)*

*3. (...)*

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

## **8. HECHOS PROBADOS:**

Del estudio de los medios de convicción aportados al proceso, y sin discusión por las entidades accionadas, está debidamente probado:

---

<sup>9</sup> Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

**8.1.** Que la accionante participó en el concurso méritos denominado Convocatoria N 433 de 2016 en el ICBF y que hace parte del registro de elegibles quedando en quinto lugar para proveer cuatro (4) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC N° 38826 denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR “ICBF”, según se verifica en la Resolución N° CNSC - 2018202064285 del 22 de junio de 2018.

La vigencia de la lista de elegibles es de 2 años, por lo tanto, fenece el 22 de junio de 2020

**8.2.** El 1 ° de agosto de 2019 la CNSC aprobó y expidió el "Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019", en el que concluyó:

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

**8.3.** En razón a la expedición del Decreto 1479 de 2017, *"Por medio del cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Cecilia de la Fuente de Lleras, y se dictan otras disposiciones."*, se crearon varios cargos a nivel nacional, incluido el cargo para el que concursó la accionante.

**8.4.** Está debidamente probado que la CNSC mediante resolución Nro. 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, revocó el artículo 4° de de la resolución que contiene la lista de elegibles de la mencionada convocatoria 433 de

2016, con el argumento que el Decreto 1894 del 11 de septiembre de 2012, compilado en el Decreto 1083 de 2015, norma vigente al momento de expedir el Acuerdo de Convocatoria, al establecer que “si agotados dichos órdenes no fuere posible la provisión del empleo, deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad”.

## **CONCLUSIONES:**

**1.** Lo primero, está debidamente probado la demandante tiene un derecho subjetivo actual, por encontrarse en la lista de elegibles vigente para el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR “ICBF”, pues así se probó y las partes accionadas no se opusieron a este hecho.

**2.** En segundo lugar, la Sala estima, el derecho de la actora al nombramiento en uno de los cargos vacantes que existen en la actualidad y fruto de la ampliación de la planta de personal de la entidad accionada ICBF, encuentra pleno respaldo en el numeral 4, del artículo 6º, de la Ley 1960 de 2019, al regular expresamente que con las listas de elegibles conformadas por la CNSC, o la empleadora, *“Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.”*

Según el tenor literal de esta normativa, salta a la vista que la actora tiene derecho al nombramiento en una de las nuevas vacantes creadas con ocasión de la ampliación de la planta de personal, que corresponden al mismo cargo para el cual concursó y está de primera en la lista.

**3.** Así las cosas, si bien la CNSC revocó el numeral 4 de la resolución que contiene la lista de elegibles, por la ausencia de vacantes en el cargo para el cual concursó, dentro de la convocatoria 433 de 2016, lo cierto es, con la expedición del numeral 4 del artículo 6, de la Ley 1960 de 2019, se revivió la posibilidad de postularse a las vacantes que actualmente existen, por razón de la creación de nuevos cargos en la planta de personal del ICBF, por medio del Decreto 1479 de 2017, concretamente en los municipios de Popayán y Santander de Quilichao, del departamento del Cauca, por cuanto, con la ley 1960 de 2019, se derogó de manera tacita lo previsto en el Decreto 1894 de 2012, y surge el derecho a la actora para postularse en los nuevos cargos creados en la entidad accionada ICBF.

Además, esta Ley 1960 de 2019 es de aplicación inmediata, y el concepto dado por la CNSC está en total contravía del tenor literal del numeral 4 del artículo 6 en cita anterior, con mayor razón, en esta ley únicamente se restringe su aplicación para casos posteriores a su vigencia, conforme al párrafo 1º, del artículo 1º, cuando se trata de los encargos, al prever que *“Lo dispuesto en este artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posterioridad a la vigencia de esta ley.”*

Conforme a lo expuesto, esta Sala de Decisión confirma la sentencia de primera instancia que amparó los derechos fundamentales de la señora Ángela Cecilia Astudillo.

## **8.- DECISIÓN**

De conformidad con lo expuesto, la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, actuando como Corporación Constitucional, administrando justicia en nombre de La República de Colombia, por autoridad de la ley y mandato de la Constitución,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, el día veintiocho (28) de abril de dos mil diecinueve (2019), dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** instaurada por la señora **ÁNGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO** en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC Y EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF**, por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO.- ORDÉNESE** a la Secretaría de la Sala notifique esta providencia a todos los interesados en la forma indicada en el Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO.-** Oportunamente **REMÍTASE** el expediente de tutela ante La H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

Los Magistrados,



**LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTES**



**CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA**

Firma digitalizada válida para  
actos judiciales y administrativos



**FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA**  
Magistrado

Popayán-Cauca



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA  
SALA ÚNICA DE DECISIÓN**

Pamplona, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente:

**DR. NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS**

**Acta No. 016**

Proceso	Acción de Tutela – Segunda Instancia
Radicado	54-518-31-12-002-2020-00033-01
Accionante	LUZ MARY DÍAZ GARCÍA
Accionado	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
vinculados	PARTICIPANTES DE LA CONVOCATORIA N. 433 de 2016 PERSONAS QUE CONFORMAN LA LISTA DE ELEGIBLES DEL CARGO DE PROFESIONAL ESPECIALIZADO CÓDIGO 2028, GRADO 17 DE LA CONVOCATORIA 433 DE 2016 FUNCIONARIOS QUE ACTUALMENTE OCUPAN LOS CARGOS DECLARADOS DESIERTOS DENTRO DE LA CONVOCATORIA

**ASUNTO.**

Decide la Sala resolver la impugnación presentada por **LUZ MARY DÍAZ GARCÍA** contra el fallo de tutela de fecha 20 de mayo de 2020 proferido por el Juzgado Segundo Civil Laboral del Circuito de Pamplona.

**ANTECEDENTES**

**HECHOS.-<sup>1</sup>**

Conforme lo narrado por la Accionante y el trasegar procesal tenemos por tales los siguientes:

1.- LUZ MARY DÍAZ GARCÍA se inscribió, concursó y superó satisfactoriamente todas las etapas en la convocatoria 433 de 2016 para proveer el cargo de

<sup>1</sup> Folio 2 y ss. La paginación corresponde al archivo de pdf del expediente de primera instancia al que tuvo acceso el magistrado sustanciador, el cual le fue enviado a su correo electrónico institucional el 29 de mayo de 2020.

profesional especializado código 2028 grado 17, código OPEC (OFERTA PÚBLICA DE EMPLEOS DE CARRERA) 38694 en el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, ICBF.

2.- Por medio de la Resolución No. 20182230050595 del 21 de mayo de 2018 (en adelante Resolución 50595/2018), la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, CNSC, conformó *“la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el código OPEC número 38694, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Convocatoria No 433 de 2016-ICBF”*, en la cual la Accionante ocupó el segundo lugar<sup>2</sup>.

3.- El artículo cuarto de la mencionada Resolución 0595/2018 señalaba que *“Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de méritos para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo, dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados”*.

4.- Sin embargo, tal artículo fue revocado por medio de la Resolución CNSC 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, por ser incompatible con la sentencia SU 446 de 2011 de la Corte Constitucional, el Decreto 1894 de 11 de septiembre de 2012 y el Acuerdo 20161000001376 (marco de la plurimencionada convocatoria), especialmente en su artículo 62. En tal resolución concluyó la CNSC: *“Corolario de lo expuesto, se tiene que el artículo cuarto de los 1187 actos administrativos previamente referidos contempló la posibilidad de conformar una lista general para la provisión de vacantes no convocadas por lo que deberá ser revocado conforme las razones anteriormente expuestas con el fin de restablecer el orden público”*.

6.- Con posterioridad al trámite del concurso y a la elaboración de la lista de elegibles del cargo de marras, el artículo 6 de la Ley 1960 de junio 27 de 2019 modificó el numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004 *“Por la cual se expiden*

---

<sup>2</sup> Folio 17 y ss.

*normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”, disponiendo que con las listas de elegibles se podían proveer las “las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”.*

7.- A través del “*criterio unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”*, elaborado por la CNSC en sesión de 16 de enero de 2020, tal Entidad señaló que las vacantes generadas en convocatorias aprobadas antes de la promulgación de aquella norma sólo, podían ser cubiertas con los “mismos empleos” de la lista de elegibles, entendiendo por tales los que tienen la misma OPEC.

8.- Mediante oficio 20201020238471 de 27 de febrero de 2020<sup>3</sup>, la CNSC respondió el derecho de petición a la Accionante, refiriendo la imposibilidad de hacer uso de la lista de elegibles que integra la Accionante para proveer vacantes en el cargo de profesional especializado, código 2028, grado 17, manifestación en el mismo sentido que realizó mediante oficio 20201210000004751 de 25 de febrero de 2020, el ICBF<sup>4</sup>

## **PETICIONES.-<sup>5</sup>**

La Accionante solicitó que se le amparen sus derechos fundamentales de petición, debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos por el sistema de méritos y en consecuencia se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR realizar los trámites administrativos pertinentes para dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019 y se autorice y use la lista de elegibles conformada mediante Resolución número 20182230050595 del 21 de mayo de 2018 respecto al cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 en una de las vacantes que no fueron provistas en periodo de prueba y que fueron declaradas desiertas.

Además, pidió que se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL ofertar las vacantes del cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 en la oferta pública de empleos, con el fin de que quienes hacen

---

<sup>3</sup> Folio 53.

<sup>4</sup> Folio 49 y ss.

<sup>5</sup> Folio 11 a 12

parte de la lista opten por una de ellas, mientras que para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar requiere que una vez recibidas las listas de elegibles, efectúe el nombramiento según el orden que corresponda en una de las 27 vacantes declaradas desiertas o que hayan quedado vacantes con posterioridad a la conformación de la lista.

### **ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.**

El 8 de mayo de 2020<sup>6</sup> la *A quo* admitió la acción de tutela por cumplir con las exigencias mínimas, ordenó su notificación y corrió traslado para que en el término de dos días los Accionados se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones, vinculó a quienes participaron en la convocatoria No. 433 de 2016 y a todas las personas que actualmente conforman la lista de elegibles del cargo de Profesional Especializado Código 2028, grado 17 de dicha convocatoria, así como a todos los funcionarios que actualmente ocupan los cargos declarados desiertos y decretó pruebas.

El 20 de mayo de 2020 de resolvió la acción constitucional.

### **RESPUESTA A LA ACCIÓN**

#### **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF)<sup>7</sup>.-**

Frente a los hechos, señaló que la CNSC mediante Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal del Sistema General de carrera administrativa del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, Convocatoria No. 433 de 2016.

Señala que la Accionante a través de la Oferta Pública No. 38694 ofertó una vacante del empleo denominado Profesional Especializado Código 2028 Grado 17, cuya ubicación geográfica era la Regional Norte de Santander – Pamplona.

---

<sup>6</sup> Folio 73 a 76.

<sup>7</sup> Folio 84 y ss.

Indica que la lista de elegibles fue publicada mediante Resolución No. 20182020050595 del 21 de mayo de 2018, en la que se encontraron habilitados 2 elegibles, en donde LUZ MARY DÍAZ GARCÍA, ocupó el segundo lugar de elegibilidad.

En firme la lista de elegibles, continúa, se efectuó el nombramiento y posesión de la persona que ocupó el primer lugar de elegibilidad para proveer las vacantes de la convocatoria 433 de 2016 para el empleo de Profesional Especializado Código 2028 grado 17 en el que participó la accionante.

Solicitó se declare improcedente la acción de tutela por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental, así como de subsidiariedad y perjuicio irremediable, argumentando que ya se publicó la lista de elegibles, la que adquirió firmeza en junio de 2018, la cual se conformó para proveer 1 vacante y la accionante ocupó la posición número 2.

Señala que la Actora lo que cuestiona es el hecho de no haberse efectuado su nombramiento en aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, que modificó el numeral 4 de la Ley 909 de 2004, desconociendo el artículo 2 de la misma norma que creó el derecho a los empleados de carrera administrativa a concurso de ascenso y movilidad horizontal, para lo que la Ley otorgó un término a la CNSC.

Plantea que la Accionante exige su nombramiento en un cargo que no guarda equivalencia con el cargo al que aspiró en el marco de la convocatoria, toda vez que ninguno de aquellos (tanto los declarados vacantes como los creados después de la convocatoria), fueron asignados al municipio de Pamplona.

Dice que no se puede afirmar de manera general y descontextualizada que la acción de tutela es procedente siempre que exista un concurso de méritos o lista de elegibles, dado que las controversias que pueden suscitarse son de diversa naturaleza y las particularidades de cada caso ameritan un estudio específico.

Aduce que la controversia principal versa sobre el cumplimiento inmediato de una norma de carácter general, frente a lo que se requiere adelantar una serie de acciones administrativas y financieras que implican tiempo y recursos públicos las cuales relaciona extensamente.

Añade, frente a la subsidiariedad y perjuicio irremediable, que la Accionante cuenta con mecanismos distintos a la tutela para ejercer sus derechos, pues ataca actos administrativos de carácter general y las respuestas dadas a los derechos de petición, lo que constituye un acto de trámite, que, por regla general, no son objeto de protección constitucional.

Respecto al criterio unificado “*uso de lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019*”, señala que el ICBF ha realizado acciones de verificación e identificación en la planta global, arrojando como resultado para el empleo Profesional Especializado Código 2028 Grado 17, en el cual participó LUZ MARY DIAZ GARCÍA, que no existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el criterio unificado, puesto que los cargos declarados vacantes y aquellos creados con posterioridad a la convocatoria, no fueron asignados a la Regional Norte de Santander – Pamplona, por lo que no corresponde a la misma ubicación geográfica.

Resalta que el ICBF no ha vulnerado ni puesto en riesgo ningún derecho fundamental de la accionante en tanto está adelantando todas las gestiones que implican el reajuste introducido por la Ley 1960 de 2019 y la norma no puede tener una aplicación inmediata como quiera que implica la revisión de los criterios establecidos por la CNSC.

Añade que aceptar la aplicación de la lista de elegibles de la Accionante, desconocería los derechos de las personas que se inscribieron en las OPEC correspondientes al empleo profesional especializado Código 2028 Grado 17, en las ubicaciones geográficas para las que sí se crearon nuevas vacantes, pues estas personas desde el inicio de la convocatoria escogieron esa ubicación, presentaron las pruebas y aprobaron el proceso a la luz de las necesidades del servicio de aquellos territorios.

#### **CIUDADANO MANUEL ORLANDO MENA ZAPATA<sup>8</sup>.-**

Quien manifestó actuar en calidad de inscrito en el concurso de méritos 433 de 2016 y en lista de elegibles en el cargo de Profesional Universitario OPEC 39458, luego de narrar las etapas desarrolladas en el concurso, señaló que el acuerdo que rige

---

<sup>8</sup> Folio 112 y ss.

la convocatoria siempre permite utilizar la lista de elegibles para las vacantes nuevas en iguales empleos, misma denominación, grado, función y perfil.

Manifestó que el comunicado de la CNSC del 16 de enero de 2020, crea confusión, respecto del concepto “mismos empleos”, concepto que es similar a “vacantes para las cuales se efectuó el concurso” pero completamente diferente a “cargos equivalentes” el cual es mencionado en la Ley 1960 de 2019.

### **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)<sup>9</sup>.-**

Desde el inicio de su respuesta manifestó que su pronunciamiento solo sería respecto de la competencia de la entidad que representa.

Señaló que LUZ MARY DÍAZ GARCÍA, participó en el concurso de méritos convocado mediante Acuerdo 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 para el empleo identificado con el código OPEC No. 38694 y que una vez superadas las fases del concurso se publicó la Resolución No. CNSC-20182230050595 del 21 de mayo de 2018 *“Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 38694, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF”*, en la cual ocupó la segunda posición con un puntaje de 70.63 puntos.

Refiere que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 del acuerdo de convocatoria la CNSC remitió al ICBF, el acto administrativo para realizar los nombramientos de aquellos elegibles que ocuparon una posición meritosa en la lista es conforme el número de vacantes ofertadas para cada OPEC, en estricto orden de mérito.

Indica que para el empleo en mención se ofertó una vacante, y que el elegible que adquirió el derecho a ser nombrado en periodo de prueba para el cargo fue el aspirante que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, mientras que la Accionante ocupó la segunda posición, por lo que no es posible que se realice su nombramiento.

---

<sup>9</sup> Folio 140 y ss.

Frente a la acción interpuesta señaló que no se acreditó el requisito de subsidiariedad, ni el perjuicio irreparable, al que se ve enfrentada la tutelante, requisito *sine qua non* para ejercitar el instrumento jurídico. Además, debe resultar improcedente por cuestionar actos administrativos que buscan revisar las reglas o pautas que rigen el concurso de méritos o determinaciones que se adoptan en la evolución de sus etapas o fases.

Finalmente señaló que no hay lugar al amparo solicitado por no agotarse las acciones ordinarias existentes y solicitó la desvinculación de la CNSC por falta de legitimación en la causa y subsidiariamente no tutelar los derechos invocados por la Accionante por no existir desconocimiento de los mismos.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>10</sup>**

El 20 de mayo de 2020 el Juzgado Segundo Civil Laboral de Pamplona resolvió declarar improcedente el amparo constitucional invocado por LUZ MARY DÍAZ GARCÍA respecto de los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos y negar el amparo constitucional respecto del derecho de petición.

Argumentó, respecto a la improcedencia declarada, que existen otros mecanismos de defensa judicial como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que se consagran medidas cautelares, y/o controvertir los actos administrativos mediante los recursos ordinarios.

De acuerdo a la inconformidad de la Resolución No. CNSC 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, dijo que se debieron ejecutar las acciones que tenía a su alcance a fin de controvertir el acto administrativo y buscar dejar en firme el artículo 4 de la Resolución No. CNSC 20182230050595 del 21 de mayo de 2018.

Refirió que la Accionante no solicitó el amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y no allegó prueba sumaria de tal situación, pese a haber manifestado que su esposo por ser músico hace aproximadamente dos (2) meses no tiene trabajo en razón a la pandemia, no se alegó ni acreditó una presunta vulneración a su derecho al mínimo vital, máxime que su inconformidad radicó desde la expedición de la Resolución No.

---

<sup>10</sup> Folio 240 y ss.

20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, a partir de la cual se restringió la posibilidad de que su lista pudiese ser utilizada para otros cargos ubicados en otra zona geográfica diferente a la que inicialmente había opcionado.

Señaló que tampoco es un perjuicio irremediable que la lista de elegibles esté próxima a vencer, dado que la inconformidad se origina desde el 22 de noviembre de 2018, y sólo hasta el 8 de mayo de 2020 radicó la tutela, teniendo tiempo suficiente previo al vencimiento de la lista de elegibles para haber ejercido las acciones ordinarias frente a los actos administrativos que consideraba lesionaban sus derechos, lo que no hizo, ni siquiera recién expedida la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, de la que reclama le es aplicable para ser nombrada en otra ubicación geográfica diferente a la OPEC a la cual optó.

Indicó que tampoco se cumple con el requisito de la inmediatez, por cuanto se reprocha entre otras cosas haber revocado el artículo 4 de la Resolución No. CNSC 20182230050595 del 21 de mayo de 2018 por medio de la Resolución No. 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 y si se estudiara desde la expedición del Criterio Unificado de fecha 16 de enero de 2020, hasta el momento de la interposición de la acción de tutela trascurrieron aproximadamente 4 meses, término para acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que tampoco se cumple con la inmediatez, no siendo aceptable que se hubiere esperado hasta casi el cumplimiento del término de caducidad para acudir al mecanismo residual.

Frente al derecho fundamental de petición y luego de analizar la solicitud y la respuesta, encontró que tanto la CNSC como el ICBF emitieron respuesta oportuna, de fondo, completa y congruente con lo peticionado, sin que ello signifique acceder a lo pretendido, la que fue puesta en conocimiento de LUZ MARY DIAZ GARCÍA.

Dijo también que no se presentó vulneración al derecho fundamental al debido proceso, por haberse respetado todas las etapas del proceso de selección correspondientes a la Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF, según lo previsto en el Acuerdo No. CNSC 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, así como los actos administrativos proferidos durante el mismo, los cuales se encuentran en firme.

Argumentó que desde la inscripción de LUZ MARY DIAZ GARCÍA a la convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF era conocida que para el cargo para el cual se postuló, solo existía una vacante para la Regional Norte de Santander – Pamplona, por lo que no se desconoce que lo que adquirió a través de la convocatoria fue una mera expectativa y no un derecho, cual obtuvo YASMÍN ROCÍO WILCHEZ MORENO, primer lugar en la lista de elegibles para el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 OPEC 38694, quien fue nombrada y posesionada en la única vacante ofertada respecto de dicho cargo en la ciudad de Pamplona.

Señaló que no le asiste razón a la Accionante respecto a los cargos equivalentes, pues si bien el artículo 6 de la ley 1960 de 2019 la habilita para ser nombrada, esto sólo es posible en un cargo equivalente al que concursó, esto es, profesional universitario, código 2028 Grado 17, OPEC 38694, perteneciente a la Regional Norte de Santander, Pamplona, siempre que cumpla con la misma asignación básica mensual, propósito y funciones, y además porque el Acuerdo de convocatoria es ley para las partes, entre otros, la OPEC hace parte integrante del mismo y la Accionante sabía desde el principio que había una vacante para el cargo ofertado.

Frente al derecho a la igualdad, señaló que la Accionante no acreditó que otras personas en las mismas circunstancias se les hubiere dado un trámite diferente. Respecto de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca dentro de la acción de tutela interpuesta por JESSICA LORENA REYES CONTRERAS, se debatió si a partir del criterio unificado proferido por la CNSC el 27 de agosto de 2019, la Ley 1960 de 2019 resultaba aplicable para procesos de selección iniciados antes de la expedición de la misma y no únicamente los que iniciaron luego de su promulgación, no siendo un caso análogo al analizado, si el criterio unificado expedido por la CNSC el 16 de enero de 2020, se debe tener en cuenta, y entre otros, el requisito de ubicación geográfica que identifica a cada cargo.

Además, indicó que el efecto *inter comunis* que aplicó dicha Corporación sólo resulta aplicable para aquellas personas que conforman la lista de elegibles correspondiente a la Resolución No. 20182230040835 del 26 de abril de 2018, conformada para el cargo de Profesional Universitario código 2044 grado 8 OPEC

39958 (que es diferente al ofertado para Ella), y que tal efecto sólo puede ser ordenado por la Corte Constitucional.

Refirió también que si se omitiera la ubicación geográfica y se conformara una lista a nivel nacional para proveer las vacantes disponibles para el mismo empleo, no se podría tener certeza el puesto que ocuparía la Accionante en dicha lista, pues no se podría desconocer la opción que otros participantes que eligieron en el marco de la misma convocatoria

Respecto a los derechos al trabajo y acceso a cargos públicos, señaló que no se violan con la negativa de las entidades accionadas de efectuar el nombramiento de LUZ MARY DIAZ GARCÍA, al no existir una vacante disponible en la Regional Santander Pamplona, dado que el goce al derecho al trabajo puede materializarse de otras formas, además de que la accionante manifiesta ser profesional y haberse desempeñado como docente.

### **IMPUGNACIÓN<sup>11</sup>**

Inconforme con la decisión adoptada por la *A quo*, la accionante LUZ MARY DÍAZ GARCÍA impugnó el fallo de primera instancia, manifestando que se ratifica en todos y cada uno de los argumentos esbozados en la demanda, y solicitó que se revoque el fallo y en su lugar se conceda la protección de los derechos invocados, accediendo a las pretensiones y tomando los correctivos a que haya lugar en razón al vencimiento de la lista de elegibles.

Frente a derecho de petición dijo que, si bien las autoridades accionadas dieron respuesta a la petición, no absolvieron todos los interrogantes planteados.

Frente a la existencia de otro medio de defensa señaló que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no la exime de la concurrencia a un proceso ordinario que en la práctica no es ágil y oportuno por la congestión que existe en la administración de justicia.

Aduce que concursó para un cargo con numero de OPEC y ubicación geográfica determinada, circunstancia que de acuerdo a la norma no hace que los cargos

---

<sup>11</sup> Folio 299 y ss.

convocados sean equivalentes y que no tenga la posibilidad de ser nombrada en una de las vacantes existentes, además, advierte que la administración ha cambiado las pautas del concurso con resoluciones y conceptos diversos en los que difiere en su criterio.

Indica que el artículo 6 de la ley 1960 de 2019 que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004 le abrió la oportunidad de acceder a un nombramiento en razón al concurso, respecto del que existen vacantes, no sólo para el número OPEC al que concursó, sino para cualquier otra que haya surgido con posterioridad a la convocatoria, pero que los entes accionados se niegan a acatar aplicando conceptos contradictorios.

Insiste en el derecho que tiene a ser nombrada en una de las vacantes para proveer el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 que se encuentran vacantes a nivel nacional y que fueron declaradas desiertas con transgresión a la ley.

## CONSIDERACIONES

### COMPETENCIA. -

Este Tribunal es competente para conocer de la impugnación de la presente Acción de tutela según lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política y artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

Cabe anotar que a pesar de haberse mencionado la existencia de pronunciamientos judiciales anteriores<sup>12</sup>, por no haberlo planteado así la pasiva, nada obsta para que se emita decisión de mérito<sup>13</sup>.

### PROBLEMAS JURÍDICOS. -

---

<sup>12</sup> Sentencia 18 de noviembre de 2019, radicación 76001333302120190023401, Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca y sentencia de 19 de mayo de 2020, Tribunal Administrativo de Risaralda, radicado 66001-33-003-2020-00127-01.

<sup>13</sup> "7.8. Si por alguna razón se omite por el sujeto demandado poner de presente las condiciones que admiten que el caso sea remitido a una misma autoridad, en los términos en que se disponen en el decreto en cita, ninguna consecuencia se deriva de ello en el campo procesal, pues el juez al que se le atribuya el caso deberá proceder a su trámite, según los criterios de competencia que hayan motivado su asignación, ante la falta de conocimiento de los supuestos que activan esta regla especial de reparto. De ahí que, al igual que ocurre con el Decreto 1382 de 2000, esta última tampoco es un motivo válido para suscitar un conflicto de competencia, o para declarar la nulidad de lo actuado en el curso del proceso". Corte Constitucional, Auto 172 de 2016.

Procurará esta Corporación dilucidar:

1).- ¿La acción de tutela presentada por LUZ MARY DÍAZ GARCÍA cumple con los requisitos generales de procedencia contra actos administrativos emitidos en un concurso de méritos?

2.- ¿Es vulneratorio de los derechos fundamentales de la accionante que tanto el ICBF como la CNSC usen el código OPEC para dar aplicación a la expresión “*cargos equivalentes no convocados*” contenida en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019?

3.- ¿Vulneraron las Accionadas el derecho fundamental de petición de la Accionante?

#### **REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.-**

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Nacional, toda persona puede ejercer la acción de tutela mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, siempre que resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares. La acción de tutela resulta procedente cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial eficaz para la protección de sus derechos, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la consolidación de un perjuicio irremediable.

En esta medida, antes de pronunciarse de fondo sobre el caso concreto, es deber del juez constitucional verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, a saber: (i) la legitimación en la causa por activa y por pasiva, (ii) la inmediatez y (iii) la subsidiariedad<sup>14</sup>.

#### **LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA.-**

Este requisito de procedencia tiene por finalidad garantizar que quien interponga la acción tenga un “*interés directo y particular*” respecto de las pretensiones elevadas, de manera que el juez constitucional pueda verificar que “*lo reclamado es la*

---

<sup>14</sup> Corte Constitucional, sentencia T 091 de 2018.

*protección de un derecho fundamental del propio demandante y no de otro*". A su vez, esta acción debe ser ejercida en contra del sujeto responsable de la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, sea este una autoridad pública o un particular<sup>15</sup>.

Por activa, tenemos a LUZ MARY DÍAZ GARCÍA, ciudadana que agotó todas las etapas como concursante en la convocatoria 433 ICBF y que al momento de la interposición de la acción integraba una lista de elegibles vigente, sobre la cual asienta su pedimento; por pasiva tenemos el tándem INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, entidades públicas del orden nacional que comparten responsabilidades y funciones en el diseño, implementación y ejecución del concurso de la convocatoria 433.

De esa manera se da por acreditado este requisito.

#### **INMEDIATEZ.-**

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe presentarse en un término razonable computado a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. Este requisito tiene por finalidad preservar la naturaleza de la acción de tutela, concebida como *"un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados"*<sup>16</sup>.

Con el fin de orientar la labor del juez de tutela, la jurisprudencia constitucional ha identificado cinco criterios que ayudan a determinar, en cada caso, el cumplimiento del requisito de inmediatez: (i) la situación personal del peticionario, que puede hacer desproporcionada la exigencia de presentar la acción de tutela en un término breve; (ii) el momento en el que se produce la vulneración, ya que pueden existir casos de violación permanente de derechos fundamentales; (iii) la naturaleza de la vulneración, pues la demora en la presentación de la tutela puede estar relacionada, precisamente, con la situación que, según el accionante, vulnera sus derechos fundamentales; (iv) la actuación contra la que se dirige la tutela, ya que si se trata de una providencia judicial, el análisis debe ser más estricto, y (v) los efectos de la

---

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> Corte Constitucional, sentencia SU 391 de 2016.

tutela en los derechos de terceros, quienes tienen la expectativa legítima de que se proteja su seguridad jurídica<sup>17</sup>.

En el caso de marras, tenemos varios actos que se candidatizan para ser contemplados como hitos a partir de los cuales se compute el tiempo de iniciación de los perjuicios; a saber, 27 de junio de 2019, fecha en la cual se promulgó la Ley 1960 de 2019, 1 de agosto de 2019 y 16 de enero de 2020 cuando se emitieron sendos “Criterios Unificados” que la interpretan, pues es un mecanismo administrativo por medio del cual la CNSC ejerce la función consignada en el literal h del artículo 11 de la Ley 909 de 2004<sup>18</sup>.

Dado que la ley no irrogó perjuicio alguno a la Tutelante (y por el contrario le otorgó derechos), lo que le correspondía era esperar el acatamiento de la Ley por las accionadas. Podría afirmarse que la situación era pasible de la acción de cumplimiento, sin embargo, el inciso primero del artículo 9 de la Ley 393 de 1997 dispuso que este mecanismo es subsidiario a la tutela, por lo que no estaba obligada a agotarlo<sup>19</sup>, confluyendo aquí con el requisito de subsidiariedad como se analizará más adelante.

Con respecto a los “Criterios Unificados”, tenemos que el primero de ellos emitido por la CNSC en sesión de 1 de agosto 2019, que abordó el tema de la *“lista de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”*, estructuró el siguiente referente legal:

### CRITERIO ADOPTADO

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

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

En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad **únicamente es aplicable a las listas expedidas**

---

<sup>17</sup> *Ibídem*.

<sup>18</sup> “h) Expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa”;

<sup>19</sup> “La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela”.

**para los procesos de selección que fueron aprobadas con posterioridad al 27 de junio y por esa razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada<sup>20</sup>.**

\*Negrilla fuera de texto.

Dado que el Acuerdo gobernante de la convocatoria 433 fue el 201610000001376 de 5 de septiembre de 2016<sup>21</sup>, cual incontrovertiblemente precedió a la Ley 1960 de junio de 2019, según el Criterio Unificado antedicho sus listas de elegibles sólo podrán ser utilizadas para las precisas vacantes que ofertó. En esa medida, podría considerarse que al quitar el derecho al reuso de su lista, este Criterio Unificado debe ser el que inicia el cómputo temporal de la debida diligencia que la Accionante debió desplegar para hacerlos respetar.

Sin embargo, el 16 de enero de 2020 a través del *criterio unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”*, la CNSC revocó el de agosto de 2019, y en su lugar permitió que las listas procedentes de convocatorias anteriores a la Ley 1960 fuesen utilizadas en vacantes posteriores a ellas, siempre y cuando tuviesen el mismo número OPEC:

De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir las vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los **“mismos empleos”**; entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación, básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con el número de OPEC<sup>22</sup>.

\*Negrilla en el original.

Por lo tanto, habiéndose revocado el Criterio Unificado de agosto de 2019 que impedía la reedición de las listas, y habiéndose proferido un nuevo acto administrativo, el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020 que lo permitía (aunque con un condicionante nuevo, el código OPEC), es razonable tomar éste y no aquél como punto de partida del cómputo de inmediatez.

---

<sup>20</sup> <https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos#>

<sup>21</sup> Folio 103.

<sup>22</sup> Folio 25 y ss.

Considerando que esta acción fue interpuesta el 8 de mayo de 2020<sup>23</sup>, es decir, poco más de tres meses después de la emisión del Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, debe concluirse que fue interpuesta en un término razonable.

Adicionalmente, no puede desdeñarse que obra en la actuación el ejercicio de derechos de petición al ICBF<sup>24</sup> y CNSC<sup>25</sup> de 30 de enero de 2020, los cuales fueron respondidos respectivamente el 25 y 27 de febrero de 2020<sup>26</sup>, acreditando así diligencia en la gestión del asunto

Finalmente, cabe anotar que para la fecha de interposición de la acción, la lista de elegibles integrada por la Accionante se encontraba vigente, pues se extendía hasta el 5 de junio de 2020<sup>27</sup>.

#### **SUBSIDIARIEDAD.-**

Sobre este criterio, que controla el ejercicio suplementario de la acción de tutela, ha señalado la Corte Constitucional:

44. La acción de tutela procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial efectivo para la protección de sus derechos fundamentales o, en caso de existir tal recurso judicial, se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El carácter subsidiario de esta acción *“impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales (...) y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional”*.

45. No obstante, la Corte ha advertido que el estudio de la subsidiariedad de la acción de tutela no consiste en una mera verificación formal de la existencia de otros mecanismos judiciales o administrativos. Por el contrario, le corresponde al juez constitucional analizar la situación particular del accionante y los derechos cuya protección se solicita, con el fin de comprobar si aquellos resultan eficaces para la protección de los derechos fundamentales. Por ejemplo, en los asuntos que involucran derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, el análisis del cumplimiento del requisito

---

<sup>23</sup> Folio 72.

<sup>24</sup> Folio 28 y ss.

<sup>25</sup> Folios 35 y 42 y ss.

<sup>26</sup> ICBF 25 de febrero de 2020 (fl. 49 y ss), CNSC 27 de febrero de 2020 (fl. 53 y ss.)

<sup>27</sup> Folio 141.

de subsidiariedad es menos riguroso, debido al interés superior de los menores de edad, garantizado por el artículo 44 de la Constitución.

46. De manera reiterada, la Corte ha advertido que el juez constitucional debe determinar si los medios de defensa judicial disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien acude a la acción tutela. Si no es así, puede otorgar el amparo de dos maneras distintas: (i) como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria, y (ii) como mecanismo eficaz de protección de los derechos fundamentales. La primera posibilidad implica que si bien las acciones ordinarias pueden proveer un remedio integral, no son lo suficientemente expeditas para evitar un perjuicio irremediable. La segunda, que el medio de defensa ordinario no ofrece una solución integral para la protección de los derechos fundamentales comprometidos.

47. La existencia de las otras vías judiciales debe ser analizada en cada caso concreto, en cuanto a su eficacia. Si no permiten resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrecen una solución integral para el derecho comprometido, es procedente la acción de tutela como mecanismo de amparo definitivo de los derechos fundamentales invocados<sup>28</sup>.

Con ese lineamiento, le corresponde a esta corporación determinar *i*).- si existe otro mecanismo de defensa judicial, *ii*).- si de existir brinda protección “*eficaz y completa*”, y finalmente, si no es así, *iii*).- determinar si se debe otorgar el amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o como “*mecanismo de amparo definitivo de los derechos fundamentales invocados*”.

Como esta actuación versa sobre un derecho particular y concreto consignado en un acto administrativo, el escenario natural en que debería darse el debate sería la acción de nulidad y restablecimiento consignada en el artículo 138 CPCA<sup>29</sup>.

Sin embargo, tratándose de concurso de méritos, profusa ha sido la jurisprudencia constitucional sobre la posibilidad de ejercicio de la acción de tutela, a pesar de la existencia de otro mecanismo de defensa judicial.

En un caso fácticamente similar al que se estudia, consistente en que una integrante de la lista de elegibles ubicada en una posición (5) que excedía la de plazas

---

<sup>28</sup>Corte Constitucional, sentencia T 091 de 2018.

<sup>29</sup> Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

convocadas (2), aspiraba a que tal fuera utilizada para proveer las vacantes definitivas, expresó la Corte Constitucional:

De forma pacífica, la Corte ha señalado que conforme al artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, al que se puede recurrir ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de los derechos invocados o cuando existiendo se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por consiguiente, si hubiere otras instancias judiciales que resultaren eficaces y expeditas para alcanzar la protección que se reclama, el interesado debe acudir a ellas, antes de pretender el amparo por vía de tutela. Es decir, la subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto, pues el amparo no puede desplazar los mecanismos de defensa previstos en la correspondiente regulación común.

De esta manera, en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos esta Corporación ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de **la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos.**

(...)

Al hilo de lo expuesto, se concluye que según la jurisprudencia de esta Corporación, **la acción de tutela es el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir asuntos referentes a la provisión de cargos de carrera de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles por los concursos de mérito**, por cuanto, como se verá en el siguiente acápite, se pretenden garantizar no solo los derechos a la igualdad y al debido proceso, sino además la debida aplicación del artículo 125 de la Constitución Política<sup>30</sup>.  
Negrilla fuera de texto.

Como ya se refirió, no procedía la acción de cumplimiento en la actuación que hoy nos ocupa, y adicionalmente se constata que el amparo se inició dentro del término de caducidad de cuatro meses de la nativa acción de nulidad y restablecimiento (según el hito temporal que ya se relacionó en el acápite anterior), por lo que se descarta que esta acción sea usada para contrarrestar la desidia de la Accionante en tal punto.

---

<sup>30</sup> Corte Constitucional, sentencia T 112 A de 2014.

Además, está demostrado que al momento de presentación de esta acción de tutela no era viable el ejercicio judicial de la acción de nulidad y restablecimiento, debido a que por Acuerdo PCSJA20-11518 del Consejo Superior de la Judicatura, desde el 16 de marzo de 2020 (dos meses después de la fecha de emisión del acto lesivo de los derechos fundamentales), fueron suspendidos los términos procesales.

En ese orden, esta Corporación considerará superado el requisito de subsidiariedad en función de la ineficacia (por imposibilidad de ejercicio), del mecanismo judicial prevalente.

Finalmente, debe atenderse la situación particular de la Accionante, quien refirió, y no fue desmentido, tener dos hijos menores de edad, carecer de estabilidad laboral y padecer el desempleo de su pareja (músico) derivado de la pandemia, por lo que, la acción de tutela se erige también como un mecanismo idóneo para la resolución del caso.

Decisión de avocamiento material que, entre otras, encuentra respaldo en la sentencia T-551 de 2017<sup>31</sup> y en nuestros precedentes horizontales, como son los fallos con radicados 54-518-22-08-002-2019-0005-00, 54-518-22-08-003-2017-00017-00 y 54-518-31-84-001-2020-00021-01.

## CASO CONCRETO

1.- Cribados los argumentaciones expuestos por los sujetos procesales y los derivadas del avance del trámite, se precisa la materia objeto de la controversia en que la accionante LUZ MARY DÍAZ GARCÍA se postuló y agotó todas las etapas de la convocatoria 433 de 2016 para proveer el cargo de profesional especializado código 2028 grado 17 en el ICBF radicado en la ciudad de Pamplona, Norte de Santander, la cual culminó satisfactoriamente (y sin que en esta acción nada se le reproche), con la lista de elegibles elaborada por el CNSC mediante Resolución 595 de 21 de mayo de 2018 en la que se ubicó en segundo lugar<sup>32</sup>, lo que arrojó el

---

<sup>31</sup> "En el caso concreto, la Sala considera que debe analizarse la procedencia de la tutela como mecanismo definitivo de protección, toda vez que en el proceso de selección para ocupar el cargo de dragonante y de ascensos del INPEC que ya cuenta con lista de elegibles, i) las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces<sup>31</sup> para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes<sup>31</sup> y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo<sup>31</sup>, es decir, se necesita una acción de protección inmediata<sup>31</sup>; y, ii) se trata de un acto administrativo a través del cual se establecen criterios sobre los resultados de la prueba médica de los aspirantes, viéndose posiblemente lesionado derechos fundamentales de aquellos, al concurso de mérito."

<sup>32</sup> Folio 17.

nombramiento en tal empleo a quien ocupó el primer lugar (y único ofertado), mediante Resolución 7895 de 2018 del ICBF<sup>33</sup>, quien efectivamente se posesionó el 11 de septiembre de 2018<sup>34</sup>.

2.- Así, la pretensión de la Accionante se especifica en que, saturada por otra persona la pretensión laboral inicial que motivó su inscripción en la convocatoria, se le ampare el derecho a postularse a un cargo homólogo en el ICBF en tanto que integrante de la lista de elegibles fruto de un concurso de méritos.

3.- En auxilio de su pretensión expone que en la resolución CNSC 0595/18, misma en la que se nombró a la primera de su lista, consignó tal derecho en su numeral cuarto<sup>35</sup>, aunque fue revocada por la Resolución CNSC 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, por ser incompatible con la sentencia SU 446 de 2011 de la Corte Constitucional, el Decreto 1894 de 11 de septiembre de 2012 y el Acuerdo 20161000001376 (marco de la plurimencionada convocatoria).

4.- Argumento estelar de la Accionante es que la irrupción del artículo 6 de la Ley 1960 de junio 27 de 2019 (que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004 )<sup>36</sup>, reflató la posibilidad de reuso de su lista de elegibles.

5.- Sin embargo, se estableció en esta actuación que el “*criterio unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”* emitido por la CNSC (acto que se ha identificado como el presuntamente lesivo de los derechos fundamentales de la Accionante), en sesión de 16 de enero de 2020 diluyó tal posibilidad, en la medida en que asimiló los “cargos equivalentes”, útiles para cubrir las vacantes definitivas surgidas con posterioridad a la convocatoria mencionados en tal Ley, sólo a aquellos que comparten el mismo código OPEC.

De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes

---

<sup>33</sup> Folio 193.

<sup>34</sup> Folio 199.

<sup>35</sup> “ARTICULO CUARTO.- Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de méritos para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo, dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados”.

<sup>36</sup> 4.- Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir las vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los **“mismos empleos”**; **entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación, básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con el número de OPEC**<sup>37</sup>.

\*Negrilla y subrayado fuera de texto.

Como NO EXISTE OTRO CARGO CON EL MISMO CODIGO OPEC, especialmente por la diferencia en su ubicación geográfica con las otras vacantes, actualmente la Accionante no cuenta con la posibilidad de acceder a las definitivas para el cargo al que concurso (profesional especializado código 2028 grado 17).

6.- En profuso y expreso desarrollo jurisprudencial, nuestra Corte Constitucional ha planteado y ratificado la relevancia y trascendencia que el principio del mérito tiene en nuestra Carta Política y en la fórmula del Estado Social de Derecho. En sentencia C 046 de 2018 el artículo 125 superior que la entroniza, fue desglosado así por la Corte Constitucional:

El alcance de este artículo ha sido examinado y desarrollado ampliamente en la jurisprudencia constitucional, la cual ha dicho que la carrera administrativa es un eje axial del Estado Social de Derecho y que tal garantía se erige sobre tres elementos determinantes: (i) el mérito; (ii) el concurso de méritos; y (iii) la igualdad de oportunidades para dar plena efectividad a los fines estatales al mismo tiempo que asegura los derechos fundamentales de las personas como la igualdad, el acceso a cargos públicos y la participación. Así pues, de la norma Superior se desprenden cuatro pilares fundamentales que pueden entrecruzarse de su literalidad, estos son: (i) la carrera administrativa como regla general para asegurar el principio del mérito en la función pública; (ii) el concurso de méritos como mecanismo de garantía del mérito; (iii) la potestad de configuración del Legislador en este ámbito; y (iv) la posibilidad de una estructura de la función pública con cargos de libre nombramiento y remoción, elección popular, oficiales y los demás determinados en la ley, como excepciones a la regla general. Dichos elementos se interrelacionan en el desarrollo de la función pública, por lo que deben observarse de forma holística desde los demás preceptos constitucionales aplicables a la materia.

En precedente pronunciamiento había expresado la misma Corporación:

La carrera es considerada un **principio constitucional, definitorio en la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho** desde tres criterios: **(i)** El carácter histórico, con el cual se indica que

---

<sup>37</sup> Folio 25 y ss.

a través de la historia del constitucionalismo colombiano han sido formuladas diversas reformas constitucionales y legales tendientes a hacer prevalecer el sistema de carrera como la vía por excelencia para acceder al servicio público y de esa manera eliminar prácticas clientelistas, de “amiguismo” o nepotismo, basadas en la función pública y en generar que se acceda a los cargos estatales equitativa y transparentemente realizando una valoración del mérito de los aspirantes. (ii) El segundo criterio es conceptual y hace referencia a que la carrera debe ser entendida como un principio constitucional que cumple con dos objetivos: (i) ser el estándar y método por excelencia para ingresar al servicio público y; (ii) generar una fórmula de interpretación de las reglas relativas al acceso a cargos del Estado que deben comprenderse a tal punto que cumplan los requisitos y finalidades de la carrera, especialmente el acceso de acuerdo al mérito de los aspirantes. (iii) El último criterio es teleológico, por cuanto guarda una estrecha relación con las finalidades que tiene la carrera en el Estado constitucional. Por tal motivo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que al interpretar armónicamente el contenido del artículo 125 C.P. con normas superiores lleva a concluir que el principio de carrera tiene una función articuladora de diversos fines que cuentan con un reconocido valor para el ordenamiento constitucional<sup>38</sup>.

Incluso, la Corte Constitucional no ha sido ajena a la utilidad de la herramienta para erradicar deplorables prácticas que afligen a la Nación. En sentencia T 180 de 2015 refirió:

El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.

En el mismo sentido, la sentencia T 604 de 2013 señaló que es un “*Principio constitucional de obligatorio cumplimiento para ingreso, ascenso y retiro de empleo público*”, y añadió:

Los sistemas de ingreso basados en el mérito tienen como objeto garantizar la permanencia de los empleados y funcionarios en los cargos públicos del Estado y el acceso de los ciudadanos a la administración de acuerdo a sus cualidades, talentos y capacidades. Así mismo, constituye plena garantía que consolida el principio de igualdad, en la medida en que propende por eliminar las prácticas de acceso a la función pública basadas en criterios partidistas, los cuales han sido imperantes en nuestro país a lo largo de toda su historia.

---

<sup>38</sup> Corte Constitucional, sentencia C 034 de 2015.

7.- Fijada la preeminencia del principio de carrera, corresponde a esta Corporación determinar el impacto y relevancia constitucional que la Ley 1960 de 2019 pudo tener en la convocatoria 433 ICBF.

8.- Si bien la *ratio decidendi* de la sentencia SU 446 de 2011 fue que las listas de elegibles sólo podían ser utilizados para proveer los cargos que hubiesen sido previa y expresamente ofertados<sup>39</sup>, tal parámetro varió sustancialmente con la promulgación de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, pues le otorgó a las listas la utilidad de cubrir las *“las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso”*:

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

9.- De esa manera, la argumentación de la CNSC ratificada en su respuesta a esta acción de 14 de mayo de 2020, ya no es que las vacantes sin ofertar en cada convocatoria no pueden proveer sus listas de elegibles (como lo hizo en la Resolución 785 de 22 de noviembre de 2018 y en el Criterio Unificado de agosto de 2019), sino la que consignó en el Criterio Unificado de enero de 2020, que determina que sólo las vacantes con el mismo OPEC pueden ser provistas con la lista de elegibles de la 433. Concluye el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020:

De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes

---

<sup>39</sup> *“Es importante señalar, que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos, el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso y no para otros, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel: el de las plazas a proveer. El segundo, que durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar sólo las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros. Por tanto, no se puede afirmar que existe desconocimiento de derechos fundamentales ni de principios constitucionales cuando la autoridad correspondiente se abstiene de proveer con dicho acto empleos no ofertados. ¿Qué significa esta última función de la lista o registro de elegibles? Nada diverso a que las entidades públicas en cumplimiento del artículo 125 de la Constitución Política están obligadas a proveer únicamente las vacantes que se presenten en la respectiva entidad y que correspondan estrictamente a los cargos ofertados, respetando siempre el orden de su conformación. Cuando esta Corporación afirma que la lista o registro de elegibles tiene por vocación servir para que se provean las vacantes que se presenten durante su vigencia, se está refiriendo a los cargos objeto de la convocatoria y no a otros, pese a que estos últimos puedan tener la misma naturaleza e identidad de los ofrecidos. En otros términos, el acto administrativo en análisis tiene la finalidad de servir de soporte para la provisión de los empleos que fueron objeto de concurso y no de otros. En consecuencia, si en vigencia de la lista se presenta una vacante, ésta se podrá proveer con ella si la plaza vacante fue expresamente objeto de la convocatoria que le dio origen. Los cargos que se encuentren por fuera de ésta, requerirán de un concurso nuevo para su provisión. Se puede concluir, entonces, que el uso del registro o lista de elegibles se impone sólo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registre la entidad durante su vigencia, siempre y cuando se trate de las plazas ofertadas en el respectivo concurso”*

de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir las vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “**mismos empleos**”; entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación, básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con el número de OPEC<sup>40</sup>.

\*Negrilla en el original.

Tal postura es ratificada en la respuesta del CNSC al derecho de petición de la Accionante efectuada mediante oficio 20201020238471 de 27 de febrero de 2020:

Por consiguiente, para hacer el uso de las listas de Elegibles, la entidad deberá, en primer lugar, reportar la OPEC en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad el mérito y la oportunidad (SIMO) de conformidad con lo expuesto en la circular conjunta número 20191000000 117del 29 de julio de 2019 y elevar la solicitud de autorización del uso ante la CNSC mediante oficio

En virtud de lo anterior esta Comisión Nacional procederá a verificar las listas vigentes de la entidad que cumplan con las características de los empleos que requieran ser provistas y de encontrarlo procedente se autorizará el uso de las mismas, remitiendo el listado de los elegibles que por estricto orden de mérito les asista el derecho a ser nombrados en periodo de pruebas, razón por la cual, la entidad deberá apropiar y calcular el costo previsto para el uso de las listas de elegibles establecido en la Resolución número 0552 del 21 de marzo de 2014.

Por lo anteriormente expuesto, se le informa que hasta el momento no existe solicitud de uso de lista de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado **número 38694**<sup>41</sup>.

\*Negrilla en el original Subrayado fuera de texto.

10.- Mediante oficio 20201210000004751 de 25 de febrero de 2020, el ICBF respondió derecho de petición a la Accionante, ratificando que sí se utilizarían las listas de elegibles de la convocatoria 433, pero bajo el entendido que se haría merced al código OPEC:

De lo anterior se colige, que el ICBF no debe ni puede hacer uso de la lista elegibles para proveer empleos similares o equivalentes, pues eso sólo es posible para los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, y la convocatoria 433 de 2016 adelantada por la CNSC para proveer las 2470 vacantes definitivas del ICBF inició con la firma del acuerdo número 20161000001376 de fecha 5 de septiembre de 2016.

---

<sup>40</sup> Folio 25 y ss.

<sup>41</sup> Folio 53.

Con fundamento en lo anterior, **es claro que los empleos con los que se hará el uso de la lista de elegibles, son aquellos que cumplen con los criterios de: *mismos empleos entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.***

**De ahí que para realizar la provisión de las vacantes definitivas de acuerdo con el Criterio Unificado de fecha 16 de enero 2020, el primer filtro que realizará el ICBF obedece a la UBICACIÓN GEOGRÁFICA seguido de los criterios anteriormente señalados, por lo que no es viable hacer uso de listas para ubicación geográfica DIFERENTE a la señalada en la correspondiente OPEC de la que usted participó<sup>42</sup>.**

\*Negrilla fuera de texto.

Tal postura fue ratificada en respuesta a esta acción por el ICBF:

con base en esa directriz, toda vez que para el empleo Profesional Especializado Código 2028, Grado 17 OPEC 38694 ofertado dentro de la convocatoria 433 de 2016 no existen vacantes en la ubicación geográfica Regional Norte de Santander- Pamplona, para la cual participó la señora LUZ MARÍA DÍAZ GARCÍA y hace parte de la lista de elegibles, NO existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC.<sup>43</sup>

(...)

Es importante reiterar que el empleo debe coincidir en su totalidad con cada uno de los criterios de *igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, UBICACIÓN GEOGRÁFICA y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.*” señalados por la comita CNSC en el Criterio Unificado de fecha 16 de enero de 2020<sup>44</sup>.

\*Subrayado en el original

11.- Ahora bien, a pesar que para esta Corporación, tal cual se reseñó, tanto el Criterio Unificado CNSC de enero de 2020 como las respuestas a los derechos de petición a esta tutela por las Accionadas implican el reconocimiento tácito de que la Ley 1960 gobierna la convocatoria 433 (aunque en estricta consideración a la OPEC), campea tal incógnita en las piezas arrimadas a la actuación, por lo que se justifica realizar una breve digresión sobre el punto.

---

<sup>42</sup> Folio 51 y ss.

<sup>43</sup> Folio 95.

<sup>44</sup> Folio 97.

12.- El primer parámetro de solución de este interrogante, la aplicabilidad de la Ley 1960 a la convocatoria de marras, es el elegido por la CNSC, quien en su Criterio Unificador de enero de 2020 mencionó que en virtud del “principio” de ultraactividad de la ley 909 la convocatoria ICBF 433 continuara rigiéndose por las normas vigentes al momento de su aprobación (si bien ello no fue consignado en el norte jurídico consolidado en tal instrumento)

Para el efecto, trajo a colación la sentencia C 763 de la Corte Constitucional que en el extracto íntegro señala:

La ultraactividad de la ley es un problema de aplicación de la ley en el tiempo y esta íntimamente ligada al principio de que todo hecho, acto o negocio jurídico se rige por la ley vigente al momento de su ocurrencia, realización o celebración. Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación del principio "Tempus regit actus", que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultraactividad de las normas, que son normas derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc.

13.- Ahora, es la ultraactividad una de las formas como el derecho lidia con el problema de la vigencia de las leyes en el tiempo, siendo el de la aplicación inmediata otra de ellas, al cual apeló tácitamente un homólogo de esta Corporación para afirmar que la Ley 1960 gobierna el actual estado de la convocatoria de marras<sup>45</sup>:

TRANSITO DE LEGISLACION-Efectos/LEY-Situación jurídica  
extinguida/LEY-Situación jurídica en curso

Las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ni de derechos adquiridos en ese momento, sino de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata. La aplicación o

---

<sup>45</sup> “Así las cosas, no es cierto como lo pregonan las entidades accionadas que la aplicación de la ley citada sería retroactiva, pues ella en su enunciado expresamente señala que las listas de elegibles aplican para cargos que incluso se creen con posterioridad a la convocatoria, situación fáctica que encaja plenamente en la de la actora y que la hace aplicable al encontrarse para el momento de la expedición de la ley la lista de elegibles de que es parte vigente y existir 49 cargos surtidos en provisionalidad, siendo exactamente iguales a aquel para el cual ya fue convocada y superó el concurso de méritos”. Radicado 7600 13333 02120 19000 23401, Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, sentencia de 18 de noviembre de 2019

efecto general inmediato de la ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. El efecto general inmediato de la nueva ley no desconoce la Constitución, pues por consistir en su aplicación a situaciones jurídicas que aún no se han consolidado, no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos.

(...)

LEY PROCESAL-Transito y efectos/PROCESO-Situación jurídica en curso/LEY PROCESAL-Transito frente a situación jurídica en curso

Dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. Todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme<sup>46</sup>.

Si bien la ley 1960 señaló que entraba en vigencia desde su promulgación (27 de junio de 2019), refirió que la lista de elegibles se aplicaría a las vacantes *“que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”*, y en ese orden, surgiría la incógnita de si la norma puede incidir en convocatorias aprobadas antes, como la ICBF 433.

No debe olvidarse que el concurso de méritos es un proceso con varias fases, siendo la última (y una de las principales por ser su objeto), la de que con la lista de elegibles *“y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”*, siendo ésta precisamente la modificación introducida al numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 *“Etapas del proceso de selección o concurso”* por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

En esa medida, no puede considerarse que la emisión de la lista de elegibles petrifica el concurso, y al contrario, ingresa en su periodo de mayor dinamismo, pues la lista continúa proyectándose en el tiempo, y mientras el registro conserve su vigencia, como es aquí el caso, desplegando efectos jurídicos.

---

<sup>46</sup> Corte Constitucional, sentencia C 619 de 2001.

Al no haber habido una situación jurídica consolidada, no puede afirmarse por ende que la Ley 1960 no podía aplicarse a la convocatoria 433.

Adicionalmente, como lo ha señalado la Corte Constitucional, el artículo 125 de la Constitución Nacional introduce un criterio de interpretación legal que aboga decididamente por la plena eficacia de las normas de carrera administrativa:

5. El segundo criterio es de carácter *conceptual* y refiere al entendimiento de la carrera administrativa como un **principio constitucional**. Al respecto debe partirse de considerar que otorgar a una materia en particular la condición de “principio” no solo tiene una consecuencia categorial, esto es, ubicarla como uno de los pilares en que sustenta el ordenamiento superior, sino que **también conlleva particulares funciones hermenéuticas**. Como lo ha señalado la Corte en fallos anteriores,<sup>[10]</sup> el principio de la carrera administrativa cumple el doble objetivo de (i) servir de estándar y método preferente para el ingreso al servicio público y; (ii) **conformar una fórmula interpretativa de las reglas que versen sobre el acceso a los cargos del Estado, las cuales deberán comprenderse de manera tal que cumplan con los requisitos y finalidades de la carrera administrativa, en especial el acceso basado en el mérito de los aspirantes. En términos de la jurisprudencia, “[e]s tal la importancia de la carrera administrativa en el ordenamiento constitucional instituido por la Carta de 1991, que la Corte le ha reconocido el carácter de principio constitucional,<sup>[11]</sup> bajo el entendimiento de que los principios “suponen una delimitación política y axiológica”, por cuya virtud se restringe “el espacio de interpretación”, son “de aplicación inmediata tanto para el legislador constitucional” y tienen un alcance normativo que no consiste “en la enunciación de ideales”, puesto que “su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica, sin la cual cambiaría la naturaleza de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser”<sup>[12]</sup>. || Dada la categoría de principio constitucional que le corresponde, en la providencia citada la Corte concluyó que “en el estado social de derecho la carrera administrativa constituye un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional”<sup>47</sup>.**

\*Negrilla fuera de texto.

14.- O sea, si se considerase que existe un dilema sobre cuál de los dos criterios definiría la aplicabilidad de la ley 1960 en la convocatoria 433, si el de su efecto general inmediato o el de ultraactividad de sus predecesoras, considerando que éste implicaría la contracción del sistema de carrera (pues excluye el universo de

<sup>47</sup> Corte Constitucional, sentencia C 533 de 2010.

cargos no OPEC), esta Corporación tiene que optar imperativamente por el del efecto general inmediato, no sólo porque se amolda mejor al trámite de una convocatoria, que es un proceso en sentido lato (segmentable, sucesivo, preclusivo y con efectos diferenciados para cada una de sus fases<sup>48</sup>), sino primordialmente porque sirve mejor a la plenificación de los “*requisitos y finalidades*”<sup>49</sup> del principio constitucional de la carrera administrativa consignado en el artículo 125 Superior, que además, en su faceta de norte hermenéutico, orienta la debida interpretación legal.

En esa medida, debe considerarse que la Ley 1960 rige para la Convocatoria 433, y por ello, derogó los aspectos que le fueran contrarios en el Acuerdo CNSC 20161000001376 de 2016 que la convocó, y por ser además un parámetro obligatorio para su ejecución, su inobservancia afrenta el derecho fundamental al debido proceso.

15.- Como se relacionó anteriormente, en su Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, la CNSC asimiló el concepto de “*cargo equivalente no convocado*” señalado en la Ley 1960, con la OPEC, Oferta Pública de Empleos de Carrera.

La OPEC está integrada por la “*información correspondiente al nivel, la denominación, el grado y la asignación salarial de cada empleo, el propósito y las funciones del empleo, los requisitos de estudio, experiencia y las alternativas; la dependencia, el municipio donde se ubica el cargo y el número de vacantes del empleo a proveer*”<sup>50</sup>.

Haciendo eco del Criterio Unificado de la CNSC, el ICBF expuso la asimilación del empleo equivalente por la OPEC, haciendo énfasis en la ubicación territorial del cargo:

---

<sup>48</sup> “Se deben surtir para el acceso a todos los cargos que se encuentran basados en el mérito las siguientes etapas: (i) La convocatoria: fase en la cual se consagran las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse, así como los criterios de ponderación, aspectos que aseguran el acceso en igualdad de oportunidades al aspirante; (ii) Reclutamiento: En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; (iii) Aplicación de pruebas e instrumentos de selección: a través de estas pruebas se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física. Y por último (iv) la elaboración de lista de elegibles: en esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido”. Corte Constitucional, sentencia T 604 de 2013.

<sup>49</sup> “La carrera administrativa constituye un principio del ordenamiento superior y del Estado Social de Derecho con los siguientes objetivos: (i) realizar la función administrativa (art. 209 superior) que está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, (ii) cumplir con los fines esenciales del Estado (art. 2 constitucional) como lo son el servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, (iii) garantizar el derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político a través del acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40-7 de la Constitución), (iv) proteger el derecho a la igualdad (art. 13 de la Carta), y (v) salvaguardar los principios mínimos fundamentales de la relación laboral contemplados en el artículo 53 de la Carta”. Corte Constitucional, sentencia C 288 de 2014.

<sup>50</sup> <https://grupoguard.com/co/ayuda/convocatorias/opec/>

La OPEC, según definición de la CNSC es el “*listado donde se encuentran las vacantes definitivas que requieren cubrir una entidad el cual se consolida basándose en los manuales de funciones y competencias laborales de los empleos que conforman la planta de personal*”. Así las cosas, la OPEC es la lista de vacantes a proveer en el marco de una determinada convocatoria, y con respecto a la OPEC 38694 se estableció que correspondía a una vacante en la Regional Norte de Santander- Pamplona, tal y como se informó en el momento de la convocatoria

Al punto, resulta evidente que uno de los factores para tener en cuenta para los ciudadanos que se inscriben una convocatoria, es el número de vacantes que se ofrecen y su ubicación, las cuales se determinan de manera precisa en la OPEC. En un establecimiento del orden nacional como el ICBF que tiene miles de cargos a lo largo del país, se hizo un estudio geográfico de distribución con base en el cual se proyectó en la respectiva para la Regional Norte de Santander-Pamplona aspecto que no puede ser desconocido en el presente asunto<sup>51</sup>.

Valga anotar que la asimilación de la equivalencia de cargos al OPEC es de reciente invención por la CNSC, pues incluso en el Criterio Unificado de 1 de agosto de 2019 (que también abordó la incidencia de la Ley 1960 en los trámites meritorios que la precedieron y la sucederán), el cual fue derogado por el de 16 de enero de 2020, ni siquiera se mencionó ese criterio.

Tal asimilación, la de “empleo equivalente” con la OPEC, ostenta dos dificultades, una jurídica y una práctica.

En cuanto a lo jurídico, debe atenderse que el Decreto 1083 de 2015 “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*”, definió “empleo equivalente” en los siguientes términos:

**ARTÍCULO 2.2.11.2.3 Empleos equivalentes.** Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.

Nótese cómo la definición legal es más estrecha que la insertada en el Criterio Unificado, pues la de éste añade criterios como “nivel”, “asignación salarial” idéntica,

---

<sup>51</sup> Folio 86.

“propósito”, “dependencia”, “municipio donde se ubica el cargo” y “número de vacantes del empleo a proveer”, lo que implica un abierto desafío al criterio hermenéutico consignado en el artículo 28 del Código Civil que dispone que *“Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”*. (Negrilla fuera de texto).

En el aspecto concreto, debe considerarse que el propósito de la Ley 1960 fue ordenar la utilización de las listas existentes para proveer las *“vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”*, o sea, reglamentar que las plazas que no estaban disponibles para el inicio de la convocatoria puedan ser provistas por el sistema de mérito; Por el contrario, la definición de la CNSC, al reducir la equivalencia de los cargos a su identidad OPEC que los detalla infinitesimalmente (considerando incluso su ubicación territorial o su “propósito”), amplifica considerablemente una restricción, lo cual es contrario a la vocación expansiva del sistema de carrera.

De otro lado, la visión de “equivalencia del cargo OPEC”, implicaría que el artículo 6 de la Ley 1960 reduciría dramáticamente su efecto práctico, pues quien concursara para un cargo pero no se posiciona dentro del número de vacantes, sólo podría optar por el mismo cargo, prerrogativa con la que de todas maneras cuenta por el hecho mismo de integrar la lista.

Además, gramaticalmente “equivalencia”, en un sentido eficaz para el concurso de méritos, implica *“Igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o más cosas o personas”*<sup>52</sup>, teniendo por “igual” *“que tiene las mismas características que otra persona o cosa en algún aspecto o en todos”* y *“muy parecido o semejante”*<sup>53</sup>, o sea, una relación basada en similitud parcial, mientras que la definición OPEC implica considerar como equivalente sólo lo que es idéntico.

En ese orden de ideas, la interpretación efectuada por la CNSC de que los cargos equivalentes sólo son los que comparten el mismo código OPEC es

---

<sup>52</sup> <https://dle.rae.es/equivalencia>

<sup>53</sup> <https://dle.rae.es/igual?m=form>. Negrilla fuera de texto.

constitucionalmente inadmisibles, y por ello, no es un argumento atendible para negar el derecho reclamado por la Accionante.

Con base en las anteriores consideraciones, es claro que el Concepto Unificado de enero de 2020 es ostensiblemente inconstitucional, en la medida en que desafía flagrantemente el artículo 125 de la Constitución Nacional, no sólo en el espíritu que a éste alienta (la carrera administrativa como regla general y el ingreso y permanencia exclusivamente basado en el través del mérito), sino además por cuanto no consideró tal precepto como un referente hermenéutico, pues de haberlo hecho, habría utilizado la existente definición de “empleo equivalente” del Decreto 1083 de 2015, que amplifica el radio de acción de la carrera administrativa, en vez de concebir una restricción más amplia, que detalla la similitud de cargos hasta recortar ostensiblemente la posibilidad de que las listas puedan ser reutilizadas.

En ese orden de ideas, esta Corporación hará uso de la excepción de inconstitucionalidad<sup>54</sup> consignada en el artículo 4 de la Constitución Política, e inaplicará para el caso el “*criterio unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”*”.

16.- En cuanto al argumento de inaplicabilidad de la Ley 1960 de 2019 a la convocatoria 433 ICBF por no haberse “*estructurado considerando el posible uso que pueda hacerse de las listas de elegibles para proveer las vacantes*”, debe recordarse que las Resoluciones que consignaron las listas de elegibles de esa convocatoria ya contemplaban tal posibilidad, aunque hubiesen sido revocadas masivamente por medio de la Resolución 20182230156785 de 22 de noviembre de 2018.

Adicionalmente, de tiempo atrás la jurisprudencia constitucional había introducido el de reedición de las listas de elegibles:

En resumen, en virtud de la normativa analizada, para determinar la utilización de la lista de elegibles por empleo de la entidad solicitante o del Banco Nacional de Listas de Elegibles, por parte de la CNSC,

---

<sup>54</sup> “La jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política”. Corte Constitucional, sentencia SU 132 de 2013.

para una entidad que reporte una vacancia definitiva, es necesario que el empleo que requiere de provisión sea equivalente al empleo que cuenta con lista de elegibles, y que el elegible cumpla con los requisitos del empleo a proveer; situación que certificará la CNSC, a través del Estudio Técnico de equivalencias.

Igualmente, partiendo de un análisis de las normas administrativas reguladoras de la convocatoria, en conjunto con la jurisprudencia que se ha desarrollado a partir de la Sentencia C-319 de 2010, la solicitud de la autorización del uso de listas de elegibles deriva en una obligación para la entidad respectiva, y no en una mera facultad, ya que en aras de garantizar la prevalencia de los méritos como forma de proveer cargos de carrera administrativa, la entidad nominadora se encuentra abocada a elevar tal solicitud y será la CNSC quien conforme a las normas de la convocatoria a partir del estudio técnico que adelante establezca la equivalencia para proveer el empleo<sup>55</sup>.

De esa manera, en la Resolución 0595 de 2018 no sólo se contempló expresamente que las listas de elegibles servirían para proveer empleos equivalentes para la convocatoria 433, sino que, tal cual lo señala la jurisprudencia citada, tal utilidad está implícita en el concurso de méritos, por lo que nada obsta para que así pueda ser ordenado.

17.- Con relación a la extensión de esta decisión, debe señalarse que la posibilidad de emitir una decisión *inter comunis* (al margen del análisis de si esta Corporación tiene competencia para ello), impone los siguientes requisitos:

No obstante, en aras de discusión, si se llegare a decir que se producen efectos *inter comunis*, pese a que por regla general los fallos de la Corte Constitucional en sede de tutela producen efectos *inter partes*, esta Corporación con el fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución y particularmente para proteger el derecho a la igualdad, ha admitido extender los efectos de sus decisiones en sede de tutela, otorgándole efectos *inter comunis*, cuando sea estrictamente necesario evitar la repetición de violaciones de los derechos tutelados.

Al respecto en la Sentencia SU-1023 de 2001, esta Corporación desarrolló las razones que justifican la extensión de los efectos a los fallos de tutela. En dicha oportunidad indicó:

*“Existen circunstancias especialísimas en las cuales la acción de tutela no se limita a ser un mecanismo judicial subsidiario para evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales solamente de los accionantes. Este supuesto se presenta cuando la protección de derechos fundamentales de los peticionarios atente contra derechos fundamentales de los no tutelantes. Como la tutela no puede*

---

<sup>55</sup> Corte Constitucional, sentencia T 112 A de 2014.

*contrariar su naturaleza y razón de ser y transformarse en mecanismo de vulneración de derechos fundamentales, dispone también de la fuerza vinculante suficiente para proteger derechos igualmente fundamentales de quienes no han acudido directamente a este medio judicial, **siempre que frente al accionado se encuentren en condiciones comunes a las de quienes sí hicieron uso de ella y cuando la orden de protección dada por el juez de tutela repercute, de manera directa e inmediata, en la vulneración de derechos fundamentales de aquellos no tutelantes.***

*En otras palabras, hay eventos excepcionales en los cuales **los límites de la vulneración deben fijarse en consideración tanto del derecho fundamental del tutelante como del derecho fundamental de quienes no han acudido a la tutela, siempre y cuando se evidencie la necesidad de evitar que la protección de derechos fundamentales del accionante se realice paradójicamente en detrimento de derechos igualmente fundamentales de terceros que se encuentran en condiciones comunes a las de aquel frente a la autoridad o particular accionado.***<sup>56</sup>

\*Negrilla fuera de texto.

Por ende, el ejercicio radica en identificar a quienes encontrándose en “condiciones comunes” con la Accionante”, puedan resultar perjudicados con el amparo de sus derechos.

El ICBF planteó en su contestación a la acción que hay una “*inescindibilidad de la Ley 1960 y concurso de ascenso*”, la cual “*debe aplicarse en su integralidad, esto es (i) garantizando que los empleados de carrera administrativa accedan a concursos de ascenso respecto al 30% de las vacantes proceso que deberá regular la CNSC y (ii) con la provisión de las vacantes haciendo uso de la lista de elegibles vigentes respecto del 70% de esas vacantes*”<sup>57</sup>.

Al respecto, cabe resaltar que la Ley 1960 es aplicable a la convocatoria 433, recordando que fue promulgada posteriormente, en función de las vacantes que “*surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad*”, mientras que la previsión del concurso de ascenso implica, ese sí, su estructuración como tal desde el comienzo, según lo señalado en su artículo 29, numeral 3, inciso 3 de la misma Ley:

Si en el desarrollo del concurso de ascenso **no se inscribe** un número igual de servidores con derechos de carrera por empleo convocado, el concurso se declarará desierto y la provisión de los cargos

<sup>56</sup> Corte Constitucional, Auto 273 de 2013.

<sup>57</sup> Folio 99.

se realizará mediante concurso de ingreso abierto. Quienes se hayan inscrito inicialmente para el concurso de ascenso continuaran en el concurso abierto de ingresos sin requerir una nueva inscripción.

Así, es evidente que la provisión de vacantes por equivalencia en la Convocatoria 433 regida por el Acuerdo 20161000001376 de 5 de septiembre de 2016<sup>58</sup> no vulnera derecho alguno a los funcionarios de carrera que eventualmente pretenderán ascender, por cuanto en ella no se inscribió ninguno como tal.

Adicionalmente, considerando que la fuente de la precisa vulneración de los derechos de la Accionante se ubicó en el Criterio Unificado CNSC de 16 de enero de 2019 que al asimilar la equivalencia de cargos al “número de OPEC” cercenó la posibilidad de que los aspirantes incluidos en las listas de elegibles de la convocatoria 433 pudieran reconsiderarse en nuevas vacantes, debe entenderse que esta decisión no afectan los derechos de ninguno de ellos, pues al haberse ya negado a todos, en nada les perjudica que se conceda a uno de ellos.

Tampoco puede entenderse que quienes ostentan cargos de carrera en provisionalidad pueden ser considerados para extender los efectos de la sentencia a la modalidad *inter comunis*, en la medida en que la terminación de su relación es un efecto legítimo de la provisión de empleos por el sistema de mérito<sup>59</sup>.

Finalmente, esta Corporación concluye que no se cumplen las “*condiciones comunes*” que exige la jurisprudencia constitucional para extender los efectos de este fallo, en la medida en que la situación personal de la Accionante y su ejercicio concreto y oportuno de atribuciones de índole administrativa fueron puntales de la decisión, y tales aspectos no le pueden constar respecto del abigarrado grupo humano que concurso con Ella.

En ese orden de ideas, esta decisión conservará la regla general del efecto *inter partes*.

18.- Dado que el trámite de nombramiento de un funcionario en carrera es complejo, pues en él confluyen diversas fases, actividades y autoridades, algunas de las

---

<sup>58</sup> Fólío 147 y ss.

<sup>59</sup> “Los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, tal y como lo ha reconocido esta corporación en reiterados pronunciamientos, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que se traduce en que su retiro del servicio público solo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos, razones todas estas que deberán ser claramente expuestas en el acto de desvinculación, como garantía efectiva de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad a la función pública”. Corte Constitucional, sentencia T 096 de 2018.

cuales no cuentan con un término legal, esta Corporación dará órdenes detalladas para dar cumplimiento al fallo.

Tales mandatos se desprenden del itinerario descrito por el ICBF en su respuesta a esta acción para el cumplimiento de la Ley 1960 de 2019<sup>60</sup> y se amoldarán a las circunstancias excepcionales del caso.

Así, se ordenará que en el plazo de 3 días contados a partir de la notificación de esta decisión, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR verifique en su planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia del cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17 al que concursó LUZ MARY DÍAZ GARCÍA, con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO).

Acto seguido, de hallarlos, en el término de tres días hábiles contados a partir de realizado lo anterior, solicitará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el uso de la lista de elegibles donde LUZ MARY DÍAZ GARCÍA ocupó el segundo lugar. La CNSC informará dentro de los tres días hábiles siguientes si LUZ MARY DÍAZ GARCÍA cumple los requisitos para el uso de su lista en los cargos que hayan sido identificados como equivalentes a aquel al que concursó, y definirá la tarifa que debe pagar el ICBF por tal uso. Dentro de los tres días hábiles siguientes de obtenido el concepto favorable, el ICBF expedirá el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal por la suma que soporta su uso, el cual enviará dentro de los tres días siguientes a la CNSC quien expedirá la autorización de uso de la lista de elegibles en otros tres días.

Una vez la CNSC realice tal actividad, el ICBF contará con tres días hábiles para informar a LUZ MARY DÍAZ GARCÍA las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una, para la cual ésta contará con diez días, elección con base en la cual el ICBF expedirá la respectiva resolución de nombramiento en periodo de prueba en un término de tres días, y a partir de allí se adelantarán los trámites de aceptación y posesión y demás necesarios para concretar el derecho,

---

<sup>60</sup> Folio 96.

de acuerdo con el Decreto 1083 de 2015 y demás normas aplicables. Tal itinerario de sintetiza así:

RESPONSABLE/ ACCIÓN	TÉRMINO MÁXIMO
ICBF: Verifica planta global/actualiza SIMO	3 días
ICBF: Solicita a CNSC el uso de la lista de elegibles donde LUZ MARY DÍAZ GARCÍA	3 días
CNSC: Informa si LUZ MARY DÍAZ GARCÍA cumple requisitos/ define tarifa de uso	3 días
ICBF: Expide CDP	3 días
ICBF: Envío de CDP a CNSC	3 días
CNSC expide autorización de uso	3 días
ICBF informa a LUZ MARY DÍAZ GARCÍA las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una	3 días (a partir de comunicación de autorización de uso por la CNSC)
LUZ MARY DÍAZ GARCÍA informa vacante de su preferencia	10 días
ICBF expide resolución de nombramiento en periodo de prueba	3 días

En todo caso, la actuación globalmente considerada no podrá tener una duración mayor de 30 días, y para su cabal realización las Accionadas deberán actuar de manera coordinada y colaborativa, en función del principio consignado en el artículo 113 de la Constitución Nacional.

## **SOBRE EL DERECHO DE PETICIÓN.-**

1.- El derecho fundamental de petición, está normado en el artículo 23 de la Constitución Política, el artículo 24 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y por la ley 1755 de 2015 y consiste en que *“toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución” (...)*

Entendiéndose satisfecha la respuesta al derecho de petición, cuando se cumplen los requisitos de: 1.- pronta su resolución, 2.- respuesta de fondo y 3.- notificación de la respuesta<sup>61</sup>.

En sentencias C-818 de 2011 y C-951 de 2014, nuestra Corte Constitucional indicó que:

**“(ii) La respuesta de fondo** hace referencia al deber que tienen las autoridades y los particulares de responder materialmente a las peticiones realizadas. Según esta Corte, para que no se vulnere el derecho fundamental de petición, la respuesta debe observar las siguientes condiciones: a) **claridad**, esto es que la misma sea inteligible y que contenga argumentos de fácil comprensión;

<sup>61</sup> Corte Constitucional, sentencia T-007 de 2017.

b) **precisión**, de manera que la respuesta atienda directamente a lo solicitado por el ciudadano y que se excluya toda información impertinente y que conlleve a respuestas evasivas o elusivas; c) **congruencia**, que hace referencia a que la respuesta esté conforme con lo solicitado; y por último, d) **consecuencia** en relación con el trámite dentro del cual la solicitud es presentada, “de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición elevado dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o *ex novo*, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente”.

2.- LUZ MARY DÍAZ GARCÍA presentó derecho de petición el 30 de enero de 2020 ante la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, si bien no existe prueba de haberse radicado dicha petición, así fue aceptado por las entidades accionadas, escrito que en el aparte respectivo solicita:

1. Se sirva informarme cuántas vacantes correspondientes al cargo PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 están pendientes de proveer en propiedad con base en las listas de elegibles existentes de la convocatoria 433 de 2016 y su ubicación geográfica, de conformidad con lo previsto en la ley 1960 de 2019, teniendo en cuenta que el mismo fue convocado a concurso y la lista se encuentra vigente.

2. Si dichas vacantes ya fueron ofertadas en la OFERTA PÚBLICA DE EMPLEOS.

3. Que se proceda con carácter urgente, dado que la vigencia de Las listas está por finalizar, a conformar la lista general de elegibles, para proceder a proveer las vacantes definitivas existentes respecto al cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 para el que concursé, dado que las vacantes territoriales ya fueron cubiertas, y enviarla a las respectivas seccionales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, o en su lugar convocar a una audiencia pública con tal fin.

4. Ofertar las plazas que quedaron vacantes para proveer el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que fueron creadas mediante el decreto 1479 de 2017 y que conforme a la Ley 1960 de 2019 deben ser provistas con las listas vigentes, así como las que fueron ofertadas y no cubiertas por diferentes circunstancias, con el fin de quienes la conformamos, podamos optar por una de ellas, en las que deben incluirse las que fueron declaradas desiertas por esa Comisión mediante Resolución 20182230162005 del 4 de diciembre de 2018.

5. Que se proceda a efectuar el nombramiento de la suscrita en periodo de prueba en una de las vacantes del cargo PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 código 2028, en consideración a que participé y superé a cabalidad todas las etapas del concurso.

6. Si es el caso, se convoque a una audiencia de escogencia de las plazas vacantes<sup>62</sup>.

Petición a la que se dio respuesta por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR mediante oficio de fecha 25 de febrero de 2020<sup>63</sup>, abordando el tema de la solicitud de nombramiento y los empleos equivalentes.

Respuesta que, verificada con los interrogantes planteados por la Accionante resulta incompleta, dado que se omitió dar respuesta a las dos primeras solicitudes, las que son claras e identificables, encontrándose una falta de respuesta de fondo por ausencia de precisión.

A su turno, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL dio respuesta al derecho de petición mediante oficio 20201020238471 del 27 de febrero de 2020<sup>64</sup>, en el que indicó *“que si Usted no alcanzo el puntaje requerido para ocupar una de las posiciones meritorias en la lista de elegibles para proveer el empleo Nro. 38694, se encuentra por el momento en espera que se genere una vacante del mismo empleo durante la vigencia de la precitada lista, esto es, hasta el 5 de junio de 2020. (...) En lo concerniente, a las preguntas 1,2,3 y 4 su solicitud, la administración de la planta de personal, es competencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, por lo que deberá ser este el encargado de comunicarle la información frente a las vacantes definitivas que se generaron posteriormente al desarrollo de la Convocatoria Nro. 433 de 2016 y el estado en que se encuentran provistas“*

Frente al uso de lista de elegibles indicó el procedimiento para llegar a tal fin e informó que hasta ese momento no existía solicitud de uso de lista de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado No. 38694.

Respuesta que resuelve lo solicitado por la Accionante al haberse dado respuesta a todos los interrogantes, independientemente de no haber sido positiva para lo pretendido.

---

<sup>62</sup> Folio 28 y ss.

<sup>63</sup> Folio 49 y ss.

<sup>64</sup> Folio 53 y ss.

Dadas las anteriores consideraciones, también se revocará el numeral segundo del fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Civil Laboral del Circuito de Pamplona, y en su lugar, se TUTELARÁ el derecho fundamental de petición de la accionante LUZ MARY DÍAZ GARCÍA, en atención a que la respuesta dada por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR no resolvió de fondo y de manera completa y congruente la petición de la accionante.

En mérito de lo expuesto, la SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA

## RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Civil Laboral del Circuito de Pamplona el 20 de mayo de 2020, y en su lugar tutelar los derechos fundamentales de petición, debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos por el sistema de méritos, conforme la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: INAPLICAR** por inconstitucional el *“criterio unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”*, emanado de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el 16 de enero de 2020.

**TERCERO: ORDENAR** que en el plazo de 3 días contados a partir de la notificación de esta decisión, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR verifique en su planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia del cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17 al que concursó LUZ MARY DÍAZ GARCÍA, con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO).

Acto seguido, de hallarlos, en el término de tres días hábiles contados a partir de realizado lo anterior, solicitará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el uso de la lista de elegibles donde LUZ MARY DÍAZ GARCÍA ocupó el segundo lugar.

La CNSC informará dentro de los tres días hábiles siguientes si LUZ MARY DÍAZ GARCÍA cumple los requisitos para el uso de su lista en los cargos que hayan sido identificados como equivalentes a aquel al que concursó, y definirá la tarifa que debe pagar el ICBF por tal uso. Dentro de los tres días hábiles siguientes de obtenido el concepto favorable, el ICBF expedirá el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal por la suma que soporta su uso, el cual enviará dentro de los tres días siguientes a la CNSC quien expedirá la autorización de uso de la lista de elegibles en otros tres días.

Una vez la CNSC realice tal actividad, el ICBF contará con tres días hábiles para informar a LUZ MARY DÍAZ GARCÍA las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una, para la cual ésta contará con diez días, elección con base en la cual el ICBF expedirá la respectiva resolución de nombramiento en periodo de prueba en un término de tres días, y a partir de allí se adelantarán los trámites de aceptación y posesión y demás necesarios para concretar el derecho, de acuerdo con el Decreto 1083 de 2015 y demás normas aplicables. Tal itinerario de sintetiza así:

<b>RESPONSABLE/ ACCIÓN</b>	<b>TÉRMINO MÁXIMO</b>
ICBF: Verifica planta global/actualiza SIMO	3 días
ICBF: Solicita a CNSC el uso de la lista de elegibles donde LUZ MARY DÍAZ GARCÍA	3 días
CNSC: Informa si LUZ MARY DÍAZ GARCÍA cumple requisitos/ define tarifa de uso	3 días
ICBF: Expide CDP	3 días
ICBF: Envío de CDP a CNSC	3 días
CNSC expide autorización de uso	3 días
ICBF informa a LUZ MARY DÍAZ GARCÍA las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una	3 días (a partir de comunicación de autorización de uso por la CNSC)
LUZ MARY DÍAZ GARCÍA Informa vacante de su preferencia	10 días
ICBF expide resolución de nombramiento en periodo de prueba	3 días

En todo caso, la actuación globalmente considerada no podrá tener una duración mayor de 30 días, y para su cabal realización las Accionadas deberán actuar de manera coordinada y colaborativa, en función del principio consignado en el artículo 113 de la Constitución Nacional.

**CUARTO: ORDENAR** al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas posteriores a la notificación de la presente decisión, proceda, según su competencia, a dar respuesta de fondo y

congruente con lo pedido en los numerales primero y segundo del derecho de petición de fecha 30 de enero de 2020 radicado por LUZ MARY DÍAZ GARCÍA.

**QUINTO: COMUNICAR** lo decidido a los interesados, de la forma prevista por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**SEXTO: ORDENAR** a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, **PUBLICAR** en la página *web* de dichas entidades la presente decisión, con el fin de notificar a los terceros interesados y vinculados.

**SÉPTIMO: REMITIR** la actuación procesal a la Corte Constitucional para su eventual revisión una vez se dé la instrucción al respecto.

La presente decisión fue discutida y aprobada en sala virtual el treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**



**NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS**

Magistrado



**JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO**

Magistrado



**JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ**

Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



*Departamento de Boyacá*  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
DE SANTA ROSA DE VITERBO**  
*“Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación”*  
**Ley 1128 de 2007**  
**SALA ÚNICA**

**ACTA DE DISCUSIÓN DE PROYECTOS No. 068**

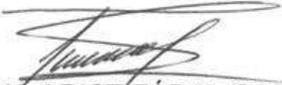
En Santa Rosa de Viterbo, a los veinticinco (25) días del mes de junio de dos mil veinte (2020), se reunieron los suscritos Magistrados integrantes de la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial, LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO, JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL y EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA, quien preside el acto como Magistrado Ponente, con el fin de discutir el siguiente proyecto:

1.- ACCIÓN DE TUTELA No 15238-31-04-002-2020-00002-01 de LUIS ORLANDO BUITRAGO SÁNCHEZ contra ICBF, CNSC y OTROS. Abierta la discusión, se dio lectura al mencionado proyecto, el cual fue aprobado por unanimidad.

En constancia se firma por los intervinientes.



**EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA**  
**Magistrado Ponente**



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO  
Magistrada



**JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL**  
**Magistrado**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



*Departamento de Boyacá*

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
DE SANTA ROSA DE VITERBO**  
*“Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación”  
Ley 1128 de 2007*

**SALA ÚNICA**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	:	TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
<b>RADICACIÓN</b>	:	15238-31-04-002-2020-00002-01
<b>ACCIONANTE</b>	:	LUIS ORLANDO BUITRAGO SÁNCHEZ
<b>ACCIONADO</b>	:	ICBF, CNSC y OTROS
<b>DECISIÓN</b>	:	REVOCA
<b>APROBACIÓN</b>	:	ACTA DE DISCUSIÓN N° 68
<b>MAGISTRADO PONENTE</b>	:	EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

Santa Rosa de Viterbo, veinticinco (25) de junio de dos mil veinte (2020).

**ASUNTO A DECIDIR:**

La impugnación formulada por el accionante, en contra de la sentencia del 18 de mayo de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Duitama.

**PRETENSIONES Y HECHOS DE LA DEMANDA DE TUTELA:**

LUIS ORLANDO SÁNCHEZ BUITRAGO presentó demanda de tutela en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DEL BIENESTAR FAMILIAR –ICBF- y de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, en adelante CNSC, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a cargos públicos, presuntamente transgredidos en virtud de la negativa de la entidad a realizar su nombramiento en propiedad como Defensor de Familia Grado 17.

Pretende el accionante que, previa tutela de sus derechos fundamentales, se ordene al ICBF y a la CNSC adelantar todas las actuaciones administrativas necesarias para que, haciendo uso de la lista de elegibles conformada mediante resolución N° CNSC20182230072545 del 17-07-2018 sea nombrado en periodo de prueba en el cargo de Defensor de Familia, Código 2125, grado 17, asignado al Centro Zonal Duitama.

Funda la demanda, en síntesis, en los siguientes hechos:

1.- LUIS ORLANDO SÁNCHEZ BUITRAGO ingresó a laborar en el ICBF el 09 de febrero de 2010, como Defensor de Familia en provisionalidad en el Centro Zonal Ciudad Bolívar y luego trasladado al Centro Zonal Duitama.

2.- En el mes de septiembre de 2016 la CNSC convocó a concurso de méritos para proveer las vacantes definitivas de la planta de planta de personal del ICBF, por lo que se inscribió para concursar por el cargo identificado con código OPEC N° 34248 donde ofertaron 06 Vacantes de Defensor de Familia para el Centro Zonal de Duitama.

1.3.- Mediante Resolución N° 20182230072545 del 17 de julio de 2018 la CNSC para el cargo al que concursó, obteniendo un puntaje de 73.08 que lo ubicó en la casilla 09, de los cuales se encuentran nombrados los concursantes ubicados hasta la casilla N° 08, lo que lo hace que se encuentre primero en la lista de elegibles, esto teniendo en cuenta que, con resolución No. 11806 del 19 de diciembre de 2019, el ICBF nombró en periodo de prueba a ROSA ALEGRÍA MUÑOZ RICO, quien había quedado en el puesto 08 de la lista. Advierte que la referida lista de elegibles tiene vigencia de dos años.

3.- El 22 de Noviembre de 2018 la CNSC, expidió la Resolución No, CNSC-20182230256785, mediante la cual revocó el artículo 4º de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidos con ocasión de la convocatoria No. 433 de 2016, que establecía que *“Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de méritos para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la resolución 3265 de 2010. Así mismo, dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia n los mismos empleos convocados”*

4.- Como consecuencia de lo anterior, el ICBF no pudo utilizar la lista de elegibles contenida en la resolución N°20182230072545 del 17 de Julio de 2018 en la que el accionante se encuentra en turno, ante el nombramiento de quienes ocupan las primeras ocho casillas.

5.- El Gobierno expidió el Decreto 1479 de 2017, por medio del cual *“se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del ICBF”*, suprimiendo 328 cargos de carácter temporal, cuya denominación era Defensor de Familia código 2125 grado 17, y creó los mismos 328

con carácter permanente, determinando que debían proveerse siguiendo el procedimiento establecido en el Decreto Ley 909 de 2004; asimismo, estableció que el Director General del ICBF, mediante resolución distribuiría los empleos de la planta global ya mencionados y ubicaría al personal teniendo en cuenta la estructura, los procesos, los planes, los programas y necesidades de la entidad.

6.- El 05 de septiembre de 2017 el ICBF expidió la resolución N° 7746 a través de la cual se reorganizó la planta de persona y se crearon 5 cargos denominados: Defensor de Familia, código 2125, grado 17 para el ICBF-Regional Boyacá; igualmente, se expidió la resolución N° 7781 mediante la cual se realizaron unos nombramientos de provisionalidad respecto de los cargos creados por el Gobierno en el Decreto 1479 de 2017.

7.- Asegura el accionante que, frente a los 5 cargos creados para la Región Boyacá, solo fueron provistos 3, quedando vacantes 2 cargos, uno de ellos en la ciudad de Duitama, que actualmente también se encuentra vacante, ya que la persona que se encontraba en ese puesto fue nombrada en propiedad.

8.- El 27 de junio de 2019 se expidió la Ley 1960, que modificó la ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998, estableciendo que el artículo 31 de la mencionada Ley 909 quedaba así: *“Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”*

9.- El 1º de agosto de 2019 se aprobó y se expidió el criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, estableciéndose que las listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria, y que el 22 de noviembre de 2019 la CNSC emitió aclaración sobre dicho criterio, donde se precisó que la expresión vacantes ofertadas cobija tanto a los que fueron objeto del proceso de selección como para los que se generen con posterioridad y que corresponden a los mismos empleos.

10.- Teniendo en cuenta lo anterior, el accionante presentó derecho de petición al ICBF el 20 de Febrero de 2020, por medio del cual requirió que se realizara la actuación administrativa correspondiente y solicitara al CNSC autorización del uso directo de la lista de elegibles, para que fuera nombrado en periodo de prueba en el cargo de Defensor de Familia en el Centro Zonal de Duitama, ya que existía una vacante definitiva creada con posterioridad a la convocatoria 433 de 2016 y que su lista de elegibles estaba vigente cuando se expidió la nueva ley, petición que fue negada bajo el argumento de que no le es aplicable la Ley 1960, ya que los acuerdos de la convocatoria 433 de 2016 fueron aprobados con anterioridad al 27 de Junio de 2019.

11.- En la página de la Comisión Nacional del Servicio Civil se indican las próximas convocatorias para el 2020, por lo tanto, considera necesario ejercer ésta acción para evitar que sus derechos queden irremediabilmente afectados.

### **ACTUACIÓN PROCESAL**

1.- El conocimiento del asunto correspondió por reparto, al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, judicatura que, mediante auto de 11 de febrero de 2020, admitió la demanda de tutela y corrió traslado de la misma a las entidades accionadas.

2.- Surtido el Trámite procesal, en sentencia de fecha 24 de febrero de 2020 negó por improcedente la demanda de tutela, decisión que fue recurrida en apelación por el accionante.

3.- Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto de fecha 27 de marzo de 2020, con ponencia de la Magistrada Gloria Inés Linares Villalba, se declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del fallo de primera instancia, con el objeto de que se vinculara al trámite constitucional a todas las personas que integran la Lista de Elegibles para proveer las vacantes del empleo identificado con el código OPEC No. 34248, denominado Defensor de Familia, Código 2125, grado 17, del sistema General de Carrera Administrativa del ICBF, de la convocatoria No. 433 de 2016

4.- Devueltas la diligencias al Juzgado de origen, en auto del 06 de mayo de 2020 se dio cumplimiento a lo ordenado y se dispuso la vinculación de todos los integrantes de la referida lista de elegibles, corriéndoles traslado de la demanda y sus anexos para que ejercieran su derecho de defensa.

5.- Tanto las accionadas como los vinculados se pronunciaron de la siguiente manera:

5.1.- El **ICBF** solicitó que se negara la demanda por improcedente, toda vez que la misma no cumple con el presupuesto de subsidiariedad para su trámite, en tanto, el actor cuenta con medios de defensa ordinarios para la obtención de sus pretensiones; asimismo, señaló que, en el eventual caso de que se estudiara de fondo la demanda, la misma no podía ser favorable, pues la lista de elegibles de la que hace parte el accionante no le es aplicable la Ley 1960 de 2019, de suerte que con aquella solo se pueden proveer los cargos ofertados al momento de darse apertura a la convocatoria y no los que se creen con posterioridad

5.2.- La **CNSC** señaló que, aunque desconoce los trámites que adelantó el ICBF respecto a su planta de personal, en el caso del accionante no era posible su nombramiento en propiedad, toda vez que el concurso al que se presentó tenía por objeto proveer seis vacantes y él ocupó el puesto 9 en la lista; asimismo indicó que el ICBF informó que ya se efectuó el nombramiento en periodo de prueba y posesionados en el empleo con código 34248 y que el nombramiento de las personas ubicadas en los lugares 7 y 8 de la lista, obedeció por renuncia y derogatoria, respectivamente, de dos de los seis nombramientos efectuados, advirtiendo que los elegibles que no alcanzaron el puntaje requerido para ocupar la posición meritosa para proveer el empleo N° 34248, se encuentran en espera de que se genere una vacante del mismo empleo durante la vigencia de la lista, esto es, hasta el 30 de julio de 2020.

En lo que hace a la solicitud del accionante, adujo que el 16 de enero de 2020 se emitió criterio unificado de parte de la comisión *'Uso de la lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019'* en el cual se estableció que las listas de elegibles conformadas por la CNSC y las que se expidan 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 de carrera de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, indicó que para hacer uso de la lista de elegibles sobre los mismos empleos ofertados, advirtiendo que desconoce si la entidad cuenta con dichas vacantes.

5.3.- **MANUEL ORLANDO MENA ZAPATA**, a pesar de no hacer parte de la lista de elegibles y tras la comunicación que de la acción constitucional se efectuó en la respectiva página web, se pronunció sobre la acción constitucional precisando que debían ser amparados los derechos fundamentales del accionante, toda vez que las decisiones de las entidades accionadas trasgredían de manera flagrante sus garantías

fundamentales; y aunque precisó no tener interés particular en esta acción constitucional, indicó que hacía parte de la lista de legibles para ocupar un cargo homólogo al del accionante en la ciudad de Cali, por lo que estimó que cualquier decisión en tal sentido podría ser trascendental para la protección de sus derechos.

5.4.- Por su parte, **DINA MARGARITA RUIZ MARTÍNEZ** se opuso a la prosperidad de la demanda de tutela, tras estimar que al señor SÁNCHEZ BUITRAGO no le asiste ningún derecho para ser nombrado como Defensor de Familia, diferente a las que fueron ofertadas al interior de la convocatoria N° 433 de 2016, aunado a que con ello se pretende perjudicar los derechos fundamentales de los defensores de familia que desempeñan el empleo en provisionalidad, aplicando una ley de manera retroactiva.

5.5.- **CAROLA ROJAS TAFUR**, a través de agente oficioso, dio respuesta a la acción de tutela, precisando que la misma no cumple con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad requeridos para su procedencia, por lo que solicitó que la misma se despachara de manera desfavorable; igualmente, indicó que no era procedente la aplicación de la Ley 1960 de 2019 e indicó que, en su caso particular, ha estado vinculada con el ICBF desde el año 2000 en provisionalidad, actualmente cuenta con 63 años de edad y presenta condiciones especiales de salud, por lo que ostenta un retén social como pre pensionable.

Los demás vinculados guardaron silencio sobre el particular.

#### **SENTENCIA IMPUGNADA:**

Mediante sentencia del 18 de mayo de 2020, el El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama negó por improcedente la demanda de tutela, tras considerar que el accionante no probó que se hayan configurado circunstancias excepcionales que permitan la intervención del operador judicial, por lo que señaló que no había excusa que justificara el hecho de no haber recurrido al medio de defensa idóneo, expedito u oportuno, ni logró demostrar la existencia de un perjuicio inminente, urgente, grave e impostergable, para ventilar la controversia.

#### **DE LA IMPUGNACIÓN:**

Inconforme con la anterior sentencia, el señor LUIS ORLANDO SÁNCHEZ BUITRAGO formuló impugnación, con la pretensión de que se revoque la decisión proferida y, en su lugar, se amparen sus derechos fundamentales, en síntesis, por los siguientes argumentos:

1.- el Juzgado de primera instancia no realizó un estudio riguroso de los argumentos en que se fundamentó la acción, pues lo que está solicitando es la aplicación de la Ley sin atacar un acto administrativo en concreto, de suerte que la acción de tutela era procedente.

2.- En su caso particular, se está causando un daño irreparable, en tanto, el funcionario judicial no estimó que el principio de retrospectividad de la Ley le era aplicable como quiera que la lista de elegibles de la que hace parte se encuentra vigente.

3.- insiste en que, actualmente, existen 4 o 5 fallos de tribunales en los que se han tutelado por circunstancias similares a las suyas, los que pueden llegar a tener efectos *inter-comunis*. Al ser incluido en una lista de elegibles que a la fecha se encuentra vigente, ostenta un derecho subjetivo adquirido, el que no ha podido materializarse por la falta de nombramiento.

## **LA SALA CONSIDERA:**

### **1.- De la acción de Tutela:**

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció la tutela como una acción que tiene toda persona para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en los casos establecidos en la ley; pero que sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

A partir de la anterior definición constitucional se deducen las características o requisitos esenciales de procedencia de la protección de un derecho en sede de este procedimiento, a saber, **(i)** que se trate de un derecho fundamental, **(ii)** que ese derecho esté siendo vulnerado o amenazado, **(iii)** que no exista otro mecanismo de defensa judicial, principio de subsidiariedad y, **(iv)** que en caso de existencia de otro medio,

deba ser utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En cualquier caso, con mayor o menor profundidad según las necesidades, deberán ser tratados los anteriores aspectos.

## **2.- El problema jurídico**

En el presente asunto, debe establecerse si el ICBF y la CNSC han vulnerado los derechos fundamentales de la accionante al no realizar su nombramiento en periodo de prueba como Defensor de Familia código 2125 Grado 17, a pesar de que se encuentra incluido en la lista de elegibles de la convocatoria N° 433, efectuada para proveer en carrearera el cargo de defensor de Familia

## **3.- Procedencia de la acción de tutela**

Como se indicó en precedencia, no existe duda que la procedencia de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales, se encuentra limitada a la inexistencia de mecanismos ordinarios de defensa que permitan la protección de tales garantías; de ahí que, por regla general esta acción constitucional no procede para ventilar asuntos cuyo conocimiento le ha sido diferido a jurisdicciones específicas como la contencioso administrativa.

A pesar de lo anterior, atendiendo ciertas circunstancias especiales, el análisis de subsidiariedad se hace más flexible en algunos casos en concreto que, por la importancia que revisten y la naturaleza del derecho a proteger, hacen inminente la intervención del juez constitucional.

Así, en tratándose del nombramiento de una persona que se encuentra en lista de elegibles para proveer un cargo en propiedad, ha admitido el máximo tribunal constitucional que la tutela procede para la protección de los participantes que tienen derecho a ser nombrados en propiedad en virtud de un concurso de méritos, así lo ha entendido el máximo Tribunal Constitucional:

*“la Corte considera que existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor,*

*quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos”.*

Caso asimilable al propuesto en este asunto, pues la persona que sigue directamente en lista para nombramiento, según se acreditó, es el aquí accionante; asimismo, la trascendencia de esta decisión recae en el hecho incontrovertible de que la lista de elegibles de la que hace parte el señor SÁNCHEZ BUITRAGO se encuentra próxima a perder vigencia, lo que hace inminente, riesgo que el derecho que considera ostentar no pueda verse materializado, situación que para esta Corporación hace procedente la demanda de tutela.

#### **4.- Del derecho de acceso a cargos públicos**

El artículo 40 de la Constitución Nacional, establece el derecho que tienen todos los ciudadanos colombianos a participar en la conformación, ejercicio y control de poder político, derecho que se materializa, entre otros, con la posibilidad de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos en las entidades del orden nacional. El derecho a la carrera administrativa fue ampliamente desarrollado por la Ley 909 de 2004, a través de la cual se expidieron las normas regulatorias el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, previendo como principios rectores de la función pública, la igualdad, el mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.

De amplia relevancia resulta hacer mención al mérito como el principio fundamental orientador de los nombramientos en cargos públicos, artículo 125 de la Constitución Política<sup>1</sup>, en tanto, debe ser este el principio que debe primar al momento de proveer los cargos en el sector estatal; de ahí que el acceso a cargos públicos, en nuestro ordenamiento jurídico, deba ser considerado como un derecho de carácter fundamental que se encuentra protegido en todas su esferas por las autoridades judiciales, para que no exista ningún tipo de limitación en su acceso. Al respecto ha señalado la Corte Constitucional:

---

<sup>1</sup> **ARTICULO 125.** *Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.*

*El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*

*El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.*

*En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.*

*“En cuanto al alcance del derecho a acceder a cargos públicos, esta Corporación desde sus inicios ha destacado el carácter fundamental de dicho derecho. Así, en la sentencia T-003 de 1992, la Corte señaló al respecto:*

*“El derecho específico al ejercicio de cargos y funciones públicas merece protección, a la luz de la Constitución Colombiana, no únicamente por lo que significa en sí mismo sino por lo que representa, al tenor del artículo 40, como medio encaminado a lograr la efectividad de otro derecho -genérico- cual es el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a objeto de realizar la vigencia material de la democracia participativa.*

*(...)*

*En cuanto al ámbito de protección del derecho de acceso a cargos públicos como derecho fundamental, la Corte en la sentencia SU-339 de 2011, hizo referencia a las distintas dimensiones que entran en la órbita de protección de dicho derecho. En palabras del Alto Tribunal:*

*“la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que entran dentro del ámbito de protección de este derecho (i) **la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo**, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos, (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupen un cargo público”. (Subrayado fuera del texto).*

*(...)*

*A manera de conclusión se tiene que, el derecho de acceder a cargos públicos, consiste en la posibilidad que tienen los ciudadanos de presentarse a concursar para proveer dichos cargos, una vez se hayan cumplido los requisitos previstos en la convocatoria para postularse.*

*Este derecho implica protección a favor de los ciudadanos en el sentido de que las decisiones estatales no pueden arbitrariamente impedirles acceder a un cargo público, así como tampoco pueden estar encaminadas a desvincularlos de manera arbitraria del mismo, ni mucho menos les está dado impedirles arbitrariamente el ejercicio de sus funciones”<sup>2</sup>.*

Ahora bien, en lo que hace al proceso de selección de los aspirantes a cargos públicos, la misma Ley 909 de 2004 regulada una de las etapas que deben surtir para la provisión de cargos de carrera, que deben darse por norma general a través del concurso de méritos, el cual es administrados salvo disposiciones especiales, por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Al respecto, en la sentencia SU-913 de 2019, la Corte Constitucional analizó cada una de las etapas correspondientes al concurso de méritos, así:

*“1. **Convocatoria.** ... es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes. (Subrayas fuera de texto).*

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

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

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-257 de 2012.

*La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.*

**4. Listas de elegibles.** *Con los resultados de las pruebas...se elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con ésta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.*

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

*“Aprobado dicho período, al obtener evaluación satisfactoria, el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente”.*

En ese orden de ideas, las personas que conforman la lista de elegibles, luego de haber superado las etapas correspondientes, debe ser nombradas, a través del respectivo acto administrativo, en los cargos para los cuales concursaron y a los cuales tiene derecho a acceder, de suerte que en firme la lista debe procederse de conformidad, salvo que exista disposición legal que impida su nombramiento. Así lo señala la Corte Constitucional en la misma sentencia referida en precedencia:

*Ahora bien, para que este derecho pueda ejercerse de manera efectiva, es necesaria la concurrencia del acto de nombramiento, en virtud del cual el Estado designa en cabeza de una persona, las funciones, deberes y responsabilidades propias del cargo, y la posesión, que es el hecho por el cual la persona asume esas funciones, deberes y responsabilidades.*

*Entonces, al ser el derecho de acceso a cargos públicos una garantía cuyo ejercicio depende de la posesión, negarla a un ciudadano ya nombrado o elegido -a no ser que falte alguno de los requisitos legales- implica la violación del derecho en cuanto imposibilita su ejercicio.*

## **5.- Caso en concreto**

En el presente asunto, el señor LUIS ORLANDO SÁNCHEZ BUITRAGO reclama la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad y al acceso a cargos públicos, presuntamente vulnerados por el ICBF y la Comisión Nacional del Servicio Civil, ante la negativa de efectuar su nombramiento en propiedad como Defensor de Familia Grado 17 de la referida entidad.

Verificadas las pruebas obrantes en el plenario sí como la información que sobre el particular reposa en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil, se encuentran probadas las siguientes circunstancias de relevancia para el asunto: (i) el señor SÁNCHEZ BUITRAGO participó en la convocatoria N° 433 de 2016, dispuesta para la provisión de 2.470 empleos vacantes de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, la que fue convocada a través de la CNSC; (ii) el accionante se inscribió como concursante para proveer empleo de carrera, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 el que en ese momento

contaba con seis vacante; (iii) el accionante superó todas las pruebas previstas para el concurso y, por ello, el 17 de julio de 2018 la CNSC profirió la resolución N° CNSC - 20182230072545, por la cual se conformó y adoptó *“la lista de elegibles para proveer seis (6) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 34248, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF”* lista en la que el señor SÁNCHEZ BUITRAGO ocupó el puesto N° 09; (iv) La lista de elegibles se encuentra en firme.

A partir de lo anterior, es claro que el señor SÁNCHEZ BUITRAGO hace parte de una lista de elegibles que se generó para proveer seis cargos de carrera como Defensor de Familia Grado 17 que se encontraban vacantes al momento de dar trámite a la convocatoria, en la ciudad de Duitama.

Ahora bien, el punto central de análisis en este asunto, recae en establecer si al actor le asiste el derecho, como parte de la lista de elegibles, a ser nombrado en el referido cargo de carrera, Defensor de Familia Grado 17 Código 2125, en uno de los cargos creados con posterioridad a la convocatoria N° 433, esto bajo el entendido de que dicho concurso se efectuó para proveer exclusivamente los seis cargos vacantes al momento de la convocatoria.

Para resolver tal cuestionamiento, es importante memorar que el empleo público en Colombia se encuentra regulado por la Ley 909 de 2004 a través de la cual se expidieron normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, disposición legal que, en efecto, guio el trámite correspondiente a la convocatoria N° 433; así, en lo que respecta a las etapas propias del proceso de selección, el artículo 31, de forma general, que la actuación debe surtirse en 4 etapas, correspondientes a: convocatoria, reclutamiento, aplicación de pruebas y conformación de listas, sobre esta última, el numeral 4 del referido artículo contemplaba en su texto original:

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

No obstante, en el año 2019 dicha norma fue modificada por la Ley 1960, permitiendo que las listas de elegibles se usaran en estricto orden para proveer no solo las vacantes

ofertadas sino todas aquellas que se generaran con posterioridad, así lo previó el artículo 6° al indicar que el numeral 4° del artículo 31 de la ley 909 de 2004 quedaría así:

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

No existe controversia alguna sobre el alcance de la norma referida, pues se sabe que por su intermedio se permitió que la conformación de las listas de elegibles se usara para la provisión de cargos presentes y futuros, y así la misma no se delimitara exclusivamente a los cargos ofertados en la convocatoria; sin embargo, el punto de disenso que motivó la interposición de esta acción constitucional, recae en establecer si dicha norma puede ser aplicable o no a las listas que se encuentran en uso, o si, por el contrario, aquellas deben regirse con el artículo vigente al momento de la convocatoria.

Se trata, entonces, de una discusión que gira entorno a la aplicación de la ley en el tiempo, indispensable para establecer si al accionante le asiste o no un derecho de carácter fundamental como lo es el nombramiento en un cargo público de carrera.

Los artículos 29 y 58 de la Constitución Política contemplan el llamado presupuesto de irretroactividad de la Ley, según la cual, la nueva Ley solo rige hacia el futuro de suerte que las situaciones jurídicas consolidadas en vigencia de una norma anterior deberán regularse conforme a la Ley vigente para ese momento; así lo señaló la Corte Constitucional:

*“Una nueva ley, dispone tal principio fundamental para la seguridad jurídica en el Estado Social de Derecho, no puede regular las situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, y que por tanto resultan incólumes en sus efectos jurídicos, con la fuerza que les presta la ley bajo la cual se constituyeron”*

No obstante, en muchas oportunidades, dependiendo de las situaciones jurídicas que deban determinarse, se ha establecido la posibilidad de aplicación de la Ley a escenarios no consolidados, tal es el caso de la aplicación retrospectiva de la norma. Sobre ella ha indicado la Corte Suprema de Justicia, en cita del Máximo Tribunal Constitucional, considerándola como

*“[U]n fenómeno de aplicación de la ley en el tiempo excepcional que ocurre cuando se presenta “la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si*

*bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva”, razón por la cual “(...) no presenta impedimento alguno para que, en los casos en los que la situación jurídica no se ha consolidado o, sus efectos siguen surtiéndose, una nueva norma pueda entrar a regular y a modificar situaciones surtidas con anterioridad a su vigencia”<sup>3</sup>*

Precisamente, la Corte Constitucional al análisis de los efectos de la Ley en el tiempo, estimó en Sentencia C-619 de 2001:

*4. Con fundamento en las disposiciones superiores anteriormente comentadas, las cuales también estaban consignadas en la Constitución Nacional de 1886 y que delimitan la órbita de libertad de configuración legislativa en la materia, se desarrolló un régimen legal que señaló los principios generales relativos a los efectos del tránsito de legislación, respetando el límite señalado por la garantía de los derechos adquiridos y los principios de legalidad y favorabilidad penal. Dicho régimen legal está contenido en los artículos 17 a 49 de la Ley 153 de 1887 que de manera general, en relación con diversos tipos de leyes, prescriben que ellas rigen hacia el futuro y regulan todas las situaciones jurídicas que ocurran con posterioridad a su vigencia. A contrario sensu, las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Ahora bien, cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ni de derechos adquiridos en ese momento, sino de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata. La aplicación o efecto general inmediato de la ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. El efecto general inmediato de la nueva ley no desconoce la Constitución, pues por consistir en su aplicación a situaciones jurídicas que aún no se han consolidado, no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos.*

Al tenor de tales presupuestos, debe decirse que el planteamiento jurídico planteado por el accionante, en efecto, corresponde a una situación fáctica no consolidada sino a una expectativa de materialización de su derecho, a la que sería plenamente aplicable la Ley 1960 de 2019, como se procede a explicar.

No se encuentra en discusión el hecho de que, para el momento de la convocatoria N° 433 de 2016, los cargos vacantes para el cargo de Defensor de Familia Código 2125 grado 17 del Centro Zonal Duitama, en efecto solamente eran seis; ni mucho menos que una vez efectuado el concurso y proferida la lista de elegibles, esta quedó vigente el día 31 de julio de 2018, conforme se verifica en la página web de la CNSC, en la que el aquí accionante ocupó el puesto N° 09 en la lista; sin embargo, el hecho de adquirir firmeza la referida lista no consolida el derecho del actor a acceder al cargo público para el que concursó, pues esto solo ocurre cuando se efectúa el nombramiento o cuando se descarta por completo tal expectativa, como sucede cuando la lista de elegibles pierde vigencia sin haberse llevado a cabo el nombramiento.

---

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal STP10491-2019, 06 de agosto de 2019.

Implica lo anterior que, al estar vigente la lista de elegibles, las normas que puedan llegar a afectar el trámite propio de nombramiento le son plenamente aplicables, como ocurre en el evento de la Ley 1960 de 2019, máxime cuando ella lo que está permitiendo es el nombramiento de personas que hacen parte de una lista generada para la provisión de determinado cargo creado con posterioridad al concurso.

Si no se considerara que estamos en trámite de una situación no consolidada a la que le es aplicable la mentada Ley, bastaría tan solo con que el nombramiento de los cargos se efectúe para que inmediatamente el actor pierda su derecho, y entonces tendríamos que decir que en la actualidad el señor SÁNCHEZ carece del mismo, cuando evidentemente ello no es así, pues la expectativa de nombramiento continúa en firme hasta tanto la lista no pierda vigencia.

Para el caso, la creación de nuevos cargos del mismo grado y nivel jerárquico del accionante, Defensor de Familia Código 2125 grado 17 para el Departamento de Boyacá, obliga a su provisión a través del sistema de carrera; pero, concretamente, si los mismos fueron designados al ICBF Centro zonal Duitama para el cual concursó el actor, necesariamente estos deben ser provistos con la respectiva lista de elegibles vigente de la que hace parte el accionante, no solo porque le es aplicable la Ley 1960 de 2019 que permite el nombramiento de cargos creado con posterioridad, sino, especialmente, porque se trata del mismo cargo, mismo nivel y mismo lugar de desempeño de funciones para el que se inscribió el accionante, de suerte que se trata de una lista prevista para la provisión de un cargo de idénticas condiciones.

Lo anterior se refuerza en el hecho incontrovertible de que el artículo 125 de la Constitución Política, advierte que todos los cargos públicos son de carrera, de suerte que la aplicación directa de la Constitución, permitiría el nombramiento de las personas que se encuentren en una lista de elegibles vigente, pues no existiría razón alguna para concluir que, existiendo una lista prevista para un cargo determinado, esta no pueda usarse prevaleciendo.

Así las cosas, de lo probado en este asunto se sabe que, en efecto, a través del decreto 1479 de 2017 se aprobó la creación de 3737 empleos de la planta de personal del ICBF y que, mediante resolución N° 7746 del 05 de septiembre de 2017 dicha entidad procedió a Distribuir los referidos cargos de la planta de personal, previendo cinco cargos de DEFENSOR DE FAMILIA 2125-17 para el Departamento de Boyacá y que de esos cinco cargos, por lo menos, uno de ellos correspondió al Centro Zonal Duitama,

como lo prueba el nombramiento en provisionalidad que se hizo con resolución N° 7781 de 2017.

En ese contexto, lo que se avizora es que luego efectuada la convocatoria N° 433 de 2016, en la que el señor Sánchez Buitrago participó para la provisión de seis vacantes del cargo identificado con el Código OPEC No. 34248, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 a desempeñar cargos en la ciudad de Duitama, fueron creados nuevos cargos con el mismo código y algunos de ellos asignados a la misma ciudad donde concursó el actor, de suerte que la existencia de una nueva vacante de idéntica categoría a la concursada, obliga a que, en aplicación del numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, modificada por la Ley 1960 de 2019, se provea con la lista de elegibles vigente a la fecha.

Corolario de lo expuesto, la Sala evidencia que la no utilización de la lista de elegibles vigentes para la provisión y nombramiento de cargos existentes de idéntica categoría y condición trasgrede los derechos fundamentales del accionante, pues se está desconociendo el derecho que tiene a ser nombrado en periodo de prueba; en consecuencia se revocará la sentencia impugnada, ampararán los derechos fundamentales del actor y se ordenará al ICBF que, de manera inmediata, proceda a realizar ante la CNSC todos los trámites necesarios para que se permita hacer uso de la lista de elegibles para el nombramiento en periodo de prueba

## **DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, la SALA CUARTA DE DECISIÓN DE LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, BOYACÁ, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de fecha 18 de mayo de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, dentro de la acción de tutela de la referencia.

**SEGUNDO: TUTELAR** el derecho fundamental al acceso a cargos públicos del señor LUIS ORLANDO SÁNCHEZ BUITRAGO, conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

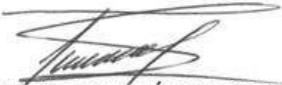
**TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, inicie todas las acciones administrativas del caso ante la COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL para que esta autorice el uso de la lista de elegibles conformada mediante RESOLUCIÓN No. CNSC - 20182230072545 DEL 17-07-2018 para que se proceda al nombramiento, en periodo de prueba, de quien sigue en turno, en alguno de los empleos vacantes que corresponden al cargo de Defensor de Familia Código 2125 grado 17 creados mediante Decreto No. 1479 del 4 de septiembre de 2017 y distribuidos mediante Resolución N° 7746 del 05 de septiembre de 2017, siempre y cuando hayan sido asignados al Centro Zonal Duitama.

**CUARTO:** Notifíquese por el medio más expedito y eficaz y ENVÍESE A LA H. CORTE CONSTITUCIONAL PARA SU EVENTUAL REVISIÓN.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**EURÍPIDES MONTÓYA SEPÚLVEDA**  
**Magistrado Ponente**



**LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO**  
Magistrada



**JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL**  
Magistrado



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, treinta (30) de abril dos mil veinte (2020).

<b>Magistrado Ponente:</b>	<b>OMAR EDGAR BORJA SOTO</b>
Medio de Control	<b>Tutela Segunda Instancia</b>
Ref. Proceso	76147-33-33-001-2020-00065-00
Demandante	LUISA MARÍA FLÓREZ VALENCIA
Demandado	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF
Asunto	SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA – Tutela en el marco de concurso de méritos

### SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA No. \_\_\_\_\_

#### I. OBJETO

Decide el Tribunal, a través de la Sala de Decisión conformada por los doctores **ÓSCAR SILVIO NARVÁEZ DAZA**, **EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS** y **OMAR EDGAR BORJA SOTO**, éste último como magistrado ponente, la impugnación interpuesta por la parte actora en contra de la sentencia de primera instancia.

#### I. ANTECEDENTES

##### 1. ELEMENTOS Y PRETENSIÓN.

**1.1. Derechos fundamentales invocados:** manifiesta que ha sido trasgredido su derecho de petición, igualdad, trabajo, debido proceso y acceso a cargos públicos.

**1.2. Pretensión:** Solicita se ordene a la CNSC y al ICBF acatar lo dispuesto en la Ley 1960 de 2019 y el criterio unificado de la CNSC del 16 de enero de 2020, para que de forma conjunta se provean las 328 vacantes del denominado cargo DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17, con la lista de elegibles que

integra, 20182230032575.

Que de forma subsidiaria de existir en Cartago, en el Departamento del Valle o en otra región del país una o más vacantes definitivas del cargo DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17, se provean igualmente con la lista de elegibles a la que pertenece.

**1.3. Fundamentos de la pretensión:** los hechos que sirven de estribo fáctico son los siguientes:

i) Narró la accionante que la CNSC mediante Acuerdo Nro. 2016000001376 del **05/09/16** convocó a concurso de méritos para proveer vacantes de carrera administrativa del ICBF de la **Convocatoria Nro. 433 de 2016** bajo los postulados de la Ley 909 de 2004.

ii) Que se inscribió al cargo identificado con el OPEC Nro. 34820, denominado **Defensor de Familia**, Código 2125, GRADO 17, ubicado en Cartago Valle.

iii) Que entre tanto, se expidió el **Decreto 1479 de 2017** suprimiendo y a su vez, creando cargos permanentes al interior del ICBF, para el caso que importa, 328 Defensores de Familia Código 2125, Grado 17, los cuales fueron distribuidos mediante la Resolución Nro. 7746 del 05 de septiembre de 2017 en todo el territorio nacional. Cargos que al haber sido posteriores a la convocatoria 433 de 2016, no fueron ofertados en tal concurso.

iv) Que de otra parte, la CNSC publicó la Resolución Nro. 20182230062575 del 22 de junio de 2018 para proveer las 05 vacantes del cargo al que se había inscrito, ocupando el puesto Nro. 06, destacándose que todos los 05 primeros elegibles tomaron posesión de cargo.

v) Indicó que la lista contenía un artículo 4° que disponía “dichas listas, serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados” habilitándola para optar por los nuevos cargos creados hasta el 09 de julio de 2020 –fecha de vencimiento de la lista-, empero, el 22 de noviembre de 2018 la CNSC expidió la Resolución Nro. 20182230156785 revocando el artículo 4° de todas las listas de elegibles de la Convocatoria Nro. 433-2016.

vi) Que de otra parte, la CNSC expidió la Resolución Nro. 20182230162005 declarando desiertas algunas vacantes de la Convocatoria Nro. 433, entre ellas, 03 cargos de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17.

vii) Que fue expedida la Ley 1960 de junio de 2019, modificando el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 disponiendo sobre la lista de elegibles que *“Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.”*

viii) Que por su parte la Sala Plena de los Comisionados de la CNSC expidió el Criterio Unificado del 01 de agosto de 2019 *“Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2017”* precisando que lo dispuesto en la Ley 1960 solo resultaba *“aplicable a las listas de elegibles para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio”*.

ix) Narró que no obstante lo anterior, el Tribunal Administrativo del Valle mediante fallo de tutela bajo radicado 76001-33-33-021-2019-00234-01 del 18 de noviembre de 2019, en caso similar al presente respecto de la misma Convocatoria 433, resolvió inaplicar por inconstitucional el criterio unificado de la CNSC al ser restrictivo y en su lugar amparó el derecho de la entonces tutelante ordenando a la CNSC y al ICBF conjuntamente permitirle optar por uno de los nuevos empleos creados en identidad al que se había inscrito.

x) Que sumado a lo anterior, **el 16 de enero de 2020 la Sala Plena de la CNSC** aprobó un nuevo criterio unificado respecto de la Ley 1960 de 2019, estableciendo: *“las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas 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.”*

xi) Que con base en el fallo del Tribunal Administrativo del Valle y especialmente el criterio unificado del CNSC elevó petición ante el ICBF y ante la CNSC para

optar por uno de 328 cargos creados o de los 3 declarados desiertos (*45 en el Valle*) todos en provisionalidad, empero contestando la CNSC ser responsabilidad del ICBF y a su turno, este último indicando que adelantaría las gestiones para el nombramiento pero sin materializar nada.

xii) Destacó que su lista de elegibles pierde vigencia el 09 de julio de 2020 debiendo realizarse todas las gestiones antes de dicho término; que al conformar la lista de elegibles cuenta con una seria expectativa sin que su derecho se haya consolidado con nombramiento alguno, por lo que le resulta aplicable lo dispuesto en la Ley 1960 de 2019.

## **2. TRÁMITE.**

Mediante Auto Nro. 237 del 11 de marzo de 2020 el Juez Primero Administrativo de Cartago admitió la acción de tutela y ordenó notificar a las accionadas.

## **3. RESPUESTAS ENTIDADES ACCIONADAS.**

**3.1 INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** (fls. 15- 46 Expediente digital - segunda parte). Tildó la acción constitucional de no contar con la trascendencia iusfundamental, así como no atender el requisito de subsidiariedad al no existir perjuicio irremediable.

Indicó que la lista de elegibles de la que hace parte ya se publicó y adquirió firmeza estando en el puesto Nro. 6; que la lista no es cuestionada sino las situaciones nuevas que surgieron con ocasión de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para efectos del nombramiento por las nuevas vacantes; que el ICBF ya le informó a la actora **que procederá** a su nombramiento una vez se surtan las gestiones administrativas correspondientes y una vez que la CNSC apruebe el uso de la lista de elegibles, ello sin desconocerse que igualmente también debe adelantarse el trámite de ascensos al interior de la entidad lo cual debe corresponder al 30% de la oferta disponible.

Destacó que el ICBF no ha vulnerado ningún derecho de la accionante, especialmente cuando solo hasta el **16 de enero de 2020 la CNSC expidió el Criterio Unificado**, reiterando que ello implica procedimientos complejos y trámites presupuestales que se adelantan por el momento.

Relacionó las vacantes definitivas con las que cuenta el ICBF del empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 OPEC (34820) provistas en encargo, provisionalidad, sin proveer y desiertas, y resaltó que la actora debe ser nombrada en el empleo que coincida con todos los criterios de igual denominación, código, grado, asignación básica, propósitos, funciones, ubicación geográfica y grupo de aspirantes atendiendo el criterio de unificación de la CNSC.

### **3.2 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC.** (fls. 47 a 40 expediente digital – segunda parte)

Inició indicando desconocer los trámites adelantados por el ICBF por lo que eligió no decir nada al respecto.

Afirmó que es cierto que la tutelante ocupó el puesto Nro. 6 de su lista de elegibles; lista con la cual se debía proveer 05 vacantes lo cual se adelantó habida cuenta que todos los primeros cinco elegibles fueron nombrados en provisionalidad, por lo que el empleo OPEC 24820 de la Convocatoria 433 se encuentra provisto.

Indicó que los elegibles que no alcanzaron a ser nombrados se encuentran a la espera que se genere una nueva vacante del mismo empleo durante la vigencia de la lista, es decir, hasta el 09 de julio de 2020, por lo que cuentan con una seria expectativa que no se traduce en un derecho adquirido.

Que a la fecha el ICBF no ha realizado solicitud de uso de lista de elegibles para proveer vacantes iguales al empleo ofertado en el OPEC 34820 de conformidad con lo previsto en la Ley 1960 de 2019, destacando que la CNSC no tiene competencia frente a la administración de la planta de personal de la entidad

### **4. FALLO IMPUGNADO.** (fls. 127 a 144 expediente digital – segunda parte).

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartago mediante Sentencia del 02 de abril de 2020 accedió a las pretensiones.

El a quo inició con un recuento fáctico del proceso, para luego establecer lo relativo al marco normativo y jurisprudencial sobre la acción de tutela y los concursos de mérito.

Consideró que en virtud de lo dispuesto en la **Ley 1960 de 2019, el Concepto Unificado de la CNSC del 16 de enero de 2020**, en consonancia con lo resuelto anteriormente el Tribunal Administrativo del Valle, era procedente el amparo solicitado.

En consecuencia, el a quo resolvió tutelar los derechos invocados por la accionante y ordenó al representante legal de la CNSC dentro del término de 48 horas, iniciar los trámites para ofertar los 328 cargos creados en el Decreto 1479 de 2017 para el empleo denominado DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17 ofertado dentro de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF, con el fin de que la accionante ejerciera su opción sin que el cumplimiento superara un mes calendario. De igual forma ordenó la elaboración de la lista de elegibles dentro del término de 15 días, debiendo enviarla una vez en firme al ICBF dentro del término de 5 días; quien a su turno tendría un término de 8 días para efectuar el nombramiento.

## **5. IMPUGNACIÓN.**

### **5.1 INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF** (fls. 150 a 163 expediente digital – segunda parte).

Reiteró su inconformidad ante las pretensiones de la acción destacando no haber vulnerado la entidad los derechos de la actora al habersele indicado que se procedería a su nombramiento. De igual forma señaló ser improcedente la acción constitucional ante el requisito de subsidiariedad y la inexistencia de un perjuicio irremediable. Preciso el deber de la entidad de adelantar múltiples actuaciones administrativas con compromisos presupuestales sujetos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público por cuanto reprochó como nulitable el no estar vinculado a la acción.

### **5.2 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** (fls. 245 a 251 expediente digital – segunda parte)

Si bien allegó escrito de impugnación, lo cierto es que los argumentos versaron sobre **situaciones fácticas distintas, es decir, otra accionante y otro cargo** en discusión; no obstante, dejó entrever el reproche de la utilización de lista de elegibles para cargos creados con posterioridad a las convocatorias iniciales.

### III. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

#### 1. COMPETENCIA.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Decisión del Sistema Oral, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 de la Carta Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente para conocer en segunda instancia de la impugnación del fallo de tutela.

#### 2. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

**2.1. Derechos fundamentales vulnerados:** La Sala analiza los derechos fundamentales del debido proceso y acceso a cargos públicos.

#### 2.2. Legitimación activa.

El art. 86 constitucional establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentran amenazados podrá interponer acción de tutela a través de un representante o en nombre propio. De lo anterior se desprende que hay diferentes formas para que se configure la legitimación por activa, entre las que se encuentran las siguientes<sup>1</sup>: a) cuando la interposición de la acción se realiza a través de apoderado judicial, b) cuando quien lo hace es el representante legal, ya sea de una empresa o de un menor de edad, de un interdicto, etc., c) cuando el afectado de manera directa propugna por sus derechos; d) y cuando se realiza a través de agente oficioso.

En el sub lite se da cumplimiento al literal c) dado que la actora solicita en nombre propio el amparo de los derechos fundamentales que considera le están siendo vulnerados.

#### 2.3. Legitimación pasiva.

En la acción de tutela, la legitimación por pasiva corresponde a quien se le indilga la afectación de derechos constitucionales, procediendo contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente contra particulares, conforme al artículo 86 superior y artículo 1ro del Decreto 2591 de 1991.

---

<sup>1</sup> T-950 de 2008.

En el presente, se dirige en contra de la CNSC y el ICBF, los cuales se encuentran legitimados para esgrimir los argumentos de defensa, toda vez que la CNSC adelantó el proceso concursal para proveer las vacantes del ICBF en el marco de la Convocatoria Nro. 433 de 2016, en la cual la aspirante optó por un cargo que posteriormente fue nuevamente dispuesto para el ICBF aspirando por tanto la accionante la modificación y aplicación de la lista de elegibles ante las nuevas circunstancias.

#### **2.4 Subsidiariedad.**

Desde el punto de vista procesal, resulta imperativo para la Sala verificar los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela, habida cuenta que el presente asunto versa sobre un concurso de méritos.

Como es bien sabido, la acción de tutela fue concebida por el constituyente como una figura especial, revestida de unas características particulares, una de las cuales representa la subsidiariedad, es decir, dicha acción al estar encaminada a la protección inmediata de los derechos fundamentales no tiene la misma connotación que una acción ordinaria precisamente por su especialidad, por lo que la misma solo resulta procedente cuando se hayan agotado todas las vías ordinarias en aras de proteger el derecho fundamental conculcado, o cuando se está en presencia de un perjuicio irremediable fundado, haciendo procedente el amparo como mecanismo transitorio.

Así, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 que reglamentó la acción de tutela, dispone lo siguiente:

**“Artículo 6º - Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:**

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

De modo que, la acción de tutela comporta una naturaleza de carácter subsidiario, pues para su interposición debe acreditar el accionante que los demás medios judiciales sean inexistentes o ineficaces y además de que se encuentre en un

estado de indefensión debido al perjuicio irremediable que lo acompaña, de esta manera, la invocación a los estrados de la mentada acción constitucional es loable, dado que el núcleo esencial de la misma atañe a la protección de los derechos fundamentales que sean vulnerados.

Respecto a los concursos de méritos y la procedencia de la acción de tutela, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación Nro. 011 del 08 de marzo de 2018, indicó:

“En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en principio, la acción de tutela es improcedente. No obstante, ha señalado que los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa, bien sea a través de los medios de control de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho, no son los mecanismos idóneos y eficaces para proteger los derechos de los participantes del concurso de méritos, puesto que no es un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces, debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación desproporcionada de la vulneración de garantías fundamentales.”

En consecuencia, pese a existir *en principio* mecanismos de defensa idóneos para controvertir la legalidad de los actos administrativos de los concursos de méritos, la celeridad que caracteriza los procesos de selección, desplaza la eficacia de las vías ordinarias por el tiempo que toma su resolución, habida cuenta que acudir a la jurisdicción acarrearía factiblemente perjuicios en el trámite concursal debido a las fases preclusivas.

### **3. DEL CONCURSO DE MÉRITOS.**

La Ley 909 de 2004 regula el sistema de carrera, indicando en su artículo quinto, como regla general, la provisión de los empleos de carrera administrativa mediante concurso de méritos; ello propendiendo por la eficacia de la administración, así como la garantía al acceso de funciones de quienes demuestren mejores capacidades.

Lo anterior igualmente se traduce en el sometimiento de los aspirantes a las condiciones de las convocatorias, las cuales de manera previa deben ser dadas a conocer, de suerte que, surtido el proceso de inscripción, el interesado se sujeta a la reglamentación del concurso aceptando *–de manera voluntaria–* las pautas y condiciones del proceso concursal.

Ha indicado la Corte Constitucional<sup>2</sup>:

“(..) 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<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup>.”

A manera de síntesis la resolución de la convocatoria se convierte en la norma que rige el concurso y como tal, ambos extremos, parte organizadora y participantes, deben ceñirse a la misma.

#### **4. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.**

Se encuentra acreditado que la CNSC mediante Acuerdo 2016000001376 del 05 de septiembre de 2016 convocó a concurso abierto de méritos para proveer empleos vacantes pertenecientes al Sistema de Carrera Administrativa de la Planta de Personal del ICBF, mediante Convocatoria 433<sup>5</sup>.

De igual forma se encuentra acreditado que a través de la Resolución Nro. 20182230062575 del 22 de junio de 2018, se conformó lista de elegibles para proveer 05 vacantes del empleo Código OPEC 34820, denominado DEFENSOR DE FAMILIA, CÓDIGO 2125, GRADO 17, en la cual, la accionante LUISA MARÍA FLÓREZ VALENCIA, con un puntaje de 72.51, ocupó el puesto Nro. 06<sup>6</sup>.

También, se encuentra probado que los cinco primeros elegibles fueron nombrados en periodo de prueba en el ICBF<sup>7</sup>, por lo que al reconfirmarse la lista de elegibles – *aun vigente*- la accionante se encuentra en la posición Nro. 1.

Ahora, mediante el Decreto 1479 de 2017 “*Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras” y se dictan otras disposiciones*”, dispuso en su artículo 2°:

---

<sup>2</sup> Sentencia T – 180 de 2015.

<sup>3</sup> Sentencia T-502 de 2010.

<sup>4</sup> Sentencia SU-913 de 2009. Reiterada en la Sentencia T-569 de 2011.

<sup>5</sup> Fls. 54 a 80 expediente digital segunda parte.

<sup>6</sup> Fl. 82 expediente digital segunda parte.

<sup>7</sup> Fls. 84 a 126 expediente digital segunda parte.

“Artículo 2o. Crear los siguientes empleos en la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras

#### PLANTA GLOBAL

NÚMERO DE CARGOS		DENOMINACIÓN DEL EMPLEO	Código	Grado
328	Trescientos veintiocho	Defensor de Familia	2125	17

”

A su turno, el ICBF en respuesta dada a la accionante el 24 de febrero de 2020<sup>8</sup> y en la respuesta allegada a esta acción constitucional, relacionó *“todas las vacantes definitivas del empleo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 (provistas en encargo, nombramiento provisional, sin proveer, vacantes desiertas) con las que cuenta el Instituto, incluyéndose los creados por el Decreto 1479 de 2017, con la correspondiente ubicación geográfica y rol definido en el Manual de Específico de Funciones y Competencias Laborales, vigente para el momento de la convocatoria, es decir, Resolución 4500 del 20 de mayo de 2016”* lo que da cuenta que, a la fecha existen cargos de Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 disponibles para el sistema de carrera administrativa.

Ahora, el Congreso expidió la **Ley 1960 de 2019** *“Por el cual se modifican –sic- la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”* disponiendo en los artículos 6 y 7:

**“ARTÍCULO 6.** El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

**“ARTÍCULO 31.** El proceso de selección comprende:

1. (...)
- 2 (...)
- 3 (...)

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

**ARTÍCULO 7.** La presente Ley **rige a partir de su publicación**, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.”

---

<sup>8</sup> Folios 177 a 204 del expediente digital primera parte.

Es decir, que la lista de elegibles también sirve para cubrir vacantes definitivas de cargos equivalentes **no convocados** y que a pesar de que surjan con **posterioridad** a la convocatoria inicial de la entidad.

En razón de lo anterior, la Sala Plena de Comisionados del 01 de agosto de 2019, emitió concepto unificado “Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019.”, indicando:

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

No obstante lo anterior, el 16 de enero de 2020 la CNSC aprobó un nuevo Criterio Unificado sobre el “*USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019*”, variando sustancialmente su postura y aplicación respecto de la nueva ley, a saber:

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

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

(...)

**Se deja sin efecto el Criterio Unificado de fecha 1 de agosto de 2019**, "Listas de elegibles en contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019", junto con su aclaración.”(negrillas de la Sala del Tribunal)

Con base en el nuevo criterio aplicable por la CNSC, el ICBF en respuesta brindada a la accionante y en contestación a esta acción, aceptó la procedencia del nombramiento de la señora *Luisa María Flórez* para el *mismo cargo* ofertado fuera de la Convocatoria Nro. 433, sin embargo, destacó encontrarse desarrollando las gestiones necesarias con tal finalidad.

Así las cosas, halla la Sala Decisión acertada la postura adoptada en su criterio de Unificación por parte de la CNSC, *-el cual si bien no es de carácter vinculante-*, realiza un interpretación y aplicación favorable en pro de los derechos de los concursantes en el sistema de carrera, máxime cuando por mandato del artículo 130 superior, la CNSC, es la *“responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos.”*

En todo caso, debe destacarse que **la Ley 1960 de 2019** expresamente habilitó que **las listas de elegibles apliquen para cargos creados con posterioridad** a las convocatorias donde inicialmente se ofertaron, ello en razón de la vigencia de dos años de la lista y *por consiguiente* la permanencia de la expectativa sería y legítima de quien adelantó y aprobó todas las etapas del proceso concursal, resultando razonable que con una lista aún vigente se pueda optar por un *mismo cargo* que surja después del concurso inicial, habida cuenta que ya optó por él y obtuvo un resultado favorable, pudiendo entonces aspirar al mismo cargo creado después, toda vez que en esencia ya superó los requisitos necesarios para ocuparlo; ello desde luego *antes del fenecimiento de la lista*.

Sumado a lo anterior, se precisa que la regla general debe ser la ocupación por meritocracia de los cargos a través del sistema de carrera, luego entonces, resulta por disposición legal [*Ley 909 de 2004 y sus modificaciones*<sup>9</sup>] y constitucional [*art. 125, 130, 253, 256, 266, 268, entre otros*] acertado propender por el logro del

---

<sup>9</sup> - Modificada por la Ley 1960 de 2019, 'por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones', publicada en el Diario Oficial No. 50.997 de 27 de junio 2019.

- Modificado por el Decreto Ley 894 de 2017, 'por el cual se dictan normas en materia de empleo público con el fin de facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera', publicado en el Diario Oficial No. 50.247 de 28 de mayo de 2017.

- Modificada por la Ley 1575 de 2012, 'por medio de la cual se establece la Ley General de Bomberos de Colombia', publicada en el Diario Oficial No. 48.530 de 22 de agosto de 2012.

- Modificado por el Decreto 19 de 2012, publicado en el Diario Oficial No. 48.308 de 10 de enero de 2012, 'Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública'.

- Modificada por la Ley 1093 de 2006, publicada en el Diario Oficial No. 46.395 de 18 de septiembre de 2006, 'Por la cual se crean los literales e) y f) y un parágrafo del numeral 2 del artículo 5o de la Ley 909 de 2004'

- Modificada por la Ley 1033 de 2006, publicada en el Diario Oficial No. 46.334 de 19 de julio de 2006, 'Por la cual se establece la Carrera Administrativa Especial para los Empleados Públicos no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y de sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas al sector Defensa, se derogan y modifican unas disposiciones de la Ley 909 de 2004 y se conceden unas facultades conforme al numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política'.

acceso a los empleos públicos –*salvo sus excepciones*- a través del sistema de concurso de méritos.

Ahora, si bien la entidad enjuiciada *ICBF* reconoce en la contestación de la acción el derecho que le asiste a la actora en razón de la Ley 1960 de 2019, lo cierto es que, únicamente se ciñó a indicar ligeramente estar adelantando actuaciones administrativas necesarias, escudándose en la rigurosidad del trámite y sin dar prueba fehaciente al expediente de haber adelantado gestión alguna, ello en contraste con la manifestación de la *CNSC* de desconocer cualquier actuación del *ICBF*; incluso pretende la entidad nominadora la nulidad de lo actuado al no haberse llamado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público ante quien debe solicitar el registro presupuestal; circunstancias administrativas que en todo caso debe llevar a cabo la entidad de forma ágil y celeridad toda vez que no puede dar al traste a los derechos con formalismos, los cuales si bien son necesarios y no se desconoce su importancia no pueden estar por encima de una materialización efectiva y garantista del *deber ser*.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia bajo el entendido de amparar los derechos de la actora, sin embargo, se modificarán las órdenes impartidas a las entidades enjuiciadas, habida cuenta que es necesario precisar que el cargo a optar corresponda al *mismo cargo* para el cual se concursó en la Convocatoria 433 de 2016.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo del Valle del Cauca**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **FALLA:**

**1º. MODIFICAR** los numerales segundo y tercero de la Sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartago, los cuales para todos los efectos legales, serán los siguientes:

**“SEGUNDO: ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF**, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, si aun no lo ha hecho, reporte las vacantes de la OPEC correspondiente o actualice la existente en el SIMO, y solicite ante la *CNSC* el uso de la lista de elegibles de la actora, *LUISA MARÍA FLÓREZ*, para el empleo identificado con el OPEC 34820, denominado DEFENSOR DE

FAMILIA, CÓDIGO 2125, GRADO 17, ofertado en el marco de la Convocatoria Nro. 433 a fin de proveer *con la accionante* la vacante definitiva existente en la entidad que corresponda al mismo empleo, incluyendo las creadas mediante el Decreto 1479 de 2017 y todas aquellas iguales no provistas –*aun-* por el sistema de carrera administrativa.

**ORDENAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC**, que a una vez solicitada por parte del ICBF el uso de la lista de elegibles de la accionante, emita su autorización y proceda a remitir la lista de elegibles a la entidad. Actuación para la cual contará con 48 horas una vez el ICBF adelante el trámite anterior.

**TERCERO: ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF**, que dentro del término de cinco (5) días hábiles, contados a partir del recibo de la lista de elegibles por parte de la CNSC, efectúe los trámites necesarios para el nombramiento y posesión en periodo de prueba de la accionante.”

**2°. CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia impugnada.

**3° REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo, vencido el término de que trata el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y levantada la suspensión de términos de la revisión eventual de tutelas, conforme a lo dispuesto en el literal a) del numeral 1º., del art. 2 del Acuerdo 11532 de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura.

**4° NOTIFICAR** a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, atendiéndose que, el Consejo Superior de la Judicatura en el marco de la emergencia nacional por el COVID-19 expidió el Acuerdo PCSJA20-11532 del 11 de abril de 2020, “*Por medio del cual se prorrogan las medidas de suspensión de términos, se amplían sus excepciones y se adoptan otras medidas por motivos de salubridad pública*” disponiendo en el artículo 6º entre otras cosas, que “[E]n la recepción, gestión, trámite, decisión y de las actuaciones judiciales y administrativas, si corresponde, se privilegiará el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, de preferencia institucionales, en concordancia con lo previsto en el artículo 3º del Decreto 491 de 2020. Los jueces utilizarán preferencialmente los medios tecnológicos para todas las actuaciones, comunicaciones, **notificaciones**, audiencias y diligencias, y

*permitirán a las partes, abogados, terceros e intervinientes actuar en los procesos mediante los medios tecnológicos disponibles, evitando exigir y cumplir formalidades físicas innecesarias”, lo anterior, destacándose que la parte actora dispuso e-mail para efectos de notificación en el escrito de la tutela<sup>10</sup>, al tiempo que las entidades accionadas cuentan igualmente con dicho medio.*

## **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha (Acta No. )

**Los Magistrados,**



**OMAR EDGAR BORJA SOTO**

**EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS**

**ÓSCAR SILVIO NARVÁEZ DAZA**

IAGS

---

<sup>10</sup> Fl. 46 expediente digital – primera parte.

JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL  
DE BUCARAMANGA

Bucaramanga, treinta (30) de abril de dos mil veinte (2020).

**SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

<b>EXPEDIENTE No:</b>	680013333008-2020-00079-00.
<b>ACCIÓN:</b>	TUTELA.
<b>ACCIONANTE:</b>	MARTHA LUCIA PERICO RICO.
<b>ACCIONADO:</b>	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC- e INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF-.
<b>DERECHO FUNDAMENTAL:</b>	PETICIÓN, IGUALDAD, TRABAJO, DEBIDO PROCESO y ACCESO A CARGOS PÚBLICOS.

En ejercicio de la **ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA**, la señora **MARTHA LUCIA PERICO RICO** acude ante esta jurisdicción en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC-**, y el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF-**, con el fin de solicitar el amparo de sus derechos fundamentales de petición, igualdad, debido proceso, trabajo y acceso a cargos públicos.

**I. ANTECEDENTES**

**1. HECHOS (Fol. 2 a 37).**

Manifiesta la actora, que mediante **Acuerdo No. 2016000001376 del 5 de septiembre de 2016**, la **CNSC** convocó a concurso de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal del **ICBF**, convocatoria a la que sostiene se inscribió para optar por una vacante en el cargo de: **"DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17"**.

De manera posterior a la publicación del acuerdo de convocatoria, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 1479 de 2017**, que suprimió cargos temporales de la planta de personal del **ICBF**, y creó otros de carácter permanente, dentro de los que se encontraban cargos de **código 2125, grado 17**, para lo cual y en aras de su distribución, el director general de la institución expidió la **Resolución No. 7746 del 5 de septiembre de 2017**, que resolvió, entre otros aspectos, que para de los **328** cargos creados de **"DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17"**, 9 de ellos serían para la seccional **SANTANDER**.

De lo anterior, afirma la actora, que las vacantes creadas a partir del **Decreto 1479 de 2017**, y distribuidas mediante la **Resolución No. 7746 del 5 de septiembre de 2017**, no fueron tenidas en cuenta dentro de las vacantes ofertadas en el acuerdo de convocatoria, argumentando la entidad que para la fecha de este último regía la **Ley 909 de 2004**.

Dicho esto, aduce que, una vez surtidas todas las etapas de la convocatoria, incluida la aplicación de las pruebas, la **CNSC** publicó a través del portal web del **Banco Nacional de Listas de Elegibles**, la **Resolución No. CNSC – 20182230124605 del 3**



de septiembre de 2018, a través de la cual se conformó la lista de elegibles para el cargo al que había optado, encontrándose la accionante en la posición No. 28 de la misma, con una vigencia de dos (2) años a partir de su firmeza, que en palabras de la actora, vence el próximo 13 de septiembre de 2020.

Es así entonces que, sostiene que una vez conformada la lista de elegibles, decidió comunicarse con el área de talento humano del ICBF, con la finalidad de conocer si dicha Institución ya había nombrado y posesionado en periodo de prueba a los 19 elegibles que habían ocupado los primeros lugares dentro de la lista para el cargo de: "DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17", a lo que se le informó que en efecto así había ocurrido, de ahí que, acorde con lo dispuesto en el artículo 63 del acuerdo de convocatoria, ante la existencia de actos administrativos de nombramiento y posesión, por recomposición de lista, pasó de ocupar la posición No. 28 a estar en el 9º lugar de la misma.

En ese estado de cosas, refiere que, con fecha 22 de noviembre de 2018, la CNSC, expidió la Resolución No. CNSC – 20182230156785, a través de la cual, entre otros aspectos, resuelve revocar el artículo 4º de la Resolución No. CNSC – 20182230124605 del 3 de septiembre de 2018, que conformó la lista de elegible del acuerdo de convocatoria examinado, y que establecía lo siguiente:

**"ARTICULO CUARTO.** - *Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo, dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados."*

Corolario a esto, afirma que, con fecha 4 de diciembre de 2018, la CNSC, expide Resolución No. CNSC – 20182230162005, a través de la cual declara desierto el concurso para algunas vacantes ofertadas para el ICBF, dentro de las que se encontraban tres (3) para el cargo de: "DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17", no obstante, a consecuencia de la revocatoria del artículo 4º del acuerdo de convocatoria, sostiene, el ICBF no puede hacer uso de su lista, haciendo que dichas vacantes quedaran ocupadas por personal de carácter provisional, vulnerando, en sus palabras, "el principio del mérito como elemento principal de la provisión de vacantes dentro del empleo público."

Bajo ese contexto, expone, con fecha 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 del mismo año, a través de la cual se modificaba, entre otras normativas, la Ley 909 de 2004, y en la que se disponía en su artículo 6º una modificación al numeral 4 del artículo de la Ley 909 de 2004, según la cual en los procesos de selección: "en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad", dando pie así a la posibilidad de proveer vacantes posteriores a la convocatoria inicial del concurso de méritos.

Ante tal situación, aduce la actora, la Sala Plena de Comisionados de la CNSC con fecha 1 de agosto de 2019, resuelve expedir Criterio Unificado, con relación a



conformación de lista de elegibles en el marco de creación de la *Ley 1960 de 2019*, en el sentido de concluir que: *"el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijados por la Ley ampliamente mencionada."*

Como consecuencia de la anterior postura unificada, señala, se han venido presentando sendos pronunciamientos jurisdiccionales, los cuales trae en cita, y que sugiere, han sido generados a partir de acciones constitucionales como la presente, en contra de la **CNSC** por la negativa de hacer uso de listas de elegibles sobre cargos sobrevinientes de conformidad con la *Ley 1960 de 2019*.

Dicho esto, señala que, con fecha 16 de enero de 2020, y en razón de los referidos pronunciamientos de la Jurisdicción, la *Sala Plena de Comisionados* de la **CNSC**, emite un nuevo *Criterio Unificado* acerca del uso de las listas de elegibles, resolviendo esta vez que: *"las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" enténdase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC"*.

De ahí que por lo anterior, y en atención a la publicación de la **CNSC**, de una orden de cumplimiento a una sentencia de tutela en favor de la señora **JESSICA LORENA REYES CONTRERA**, con fecha 20 de febrero de 2020, refiere, eleva de manera conjunta derechos de petición ante la **CNSC**, y el **ICBF**, en los que les manifiesta que presenta idénticos fundamentos fácticos, y jurídicos a los de otra tutelante, y que por tal se le concedan las pretensiones en ellos formuladas, esto es, se realicen las acciones administrativas necesarias para que se provean bajo el principio del mérito, las vacantes definitivas disponibles para el cargo de: *"DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17"*, haciendo uso de la lista de elegibles publicada a través de la **Resolución No. CNSC – 20182230124605** del 3 de septiembre de 2018.

Frente a las referidas peticiones, sostiene, a la fecha no ha recibido respuesta de la **CNSC**, y el pronunciamiento otorgado por el **ICBF**, se limitó a reiterar los lineamientos acordados por los *Criterios Unificados* de la *Sala Plena de Comisionados*, respecto de la aplicación de la *Ley 1960 de 2019*, pero sin hacer mención acerca del *artículo 6º* de la misma y de la posibilidad de posesionarse en uno de los nuevos cargos de creación posterior a la convocatoria, y que actualmente se encuentran vacantes, ello pues, afirma, con fecha 24 de febrero de 2020, la propia **ICBF** así se lo manifestó, toda vez que a través de comunicado radicado bajo el No. 202012100000048271, le informó que en el Departamento de Santander, había un total de once (11) vacantes *Código 2125, Grado 17*, que a la fecha se encuentran ocupadas por funcionarios en calidad de provisionalidad, encargo e incluso, pendientes por ser provistas.



Finalmente, refiere, su lista de elegibles perderá vigencia, el día 13 de septiembre de 2020, y a la fecha las entidades accionadas siguen sin dar respuesta de fondo a lo solicitado en sus peticiones, lo que da pie a que se demuestre el perjuicio irremediable a ser causado, pues solo quedan cinco (5) meses, para que tanto la **CNSC**, como **ICBF**, realicen todas las labores administrativas necesarias para proveer los cargos que se encuentran vacantes, en tanto de no hacerlo así, se estaría vulnerando además, la expectativa legítima de acceder un cargo público, que jurisprudencialmente ha sido reconocida por la H. Corte Constitucional, razón por la que solicita el amparo de sus derechos fundamentales y la procedencia de las pretensiones que al efecto serán enunciadas.

## 2. PRETENSIONES (Fol. 38 a 39).

Solicita se tutelen los derechos fundamentales de petición, trabajo, igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos, y en consecuencia, se ordene a la **CNSC**, y al **ICBF**, acaten las disposiciones normativas contenidas en la *Ley 1960 de 2019* y en el *Criterio Unificado*, expedido por la *Sala Plena* de la **CNSC**, el 16 enero de 2020.

Corolario a lo anterior, con base en el derecho fundamental a la igualdad, y en consideración al fallo de tutela de segunda instancia expedido por el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA**, mediante número de radicado *7600133330212019-00234-01*, interpuesto por la elegible **JESSICA LORENA REYES CONTRERAS**, solicita se ordene a las entidades accionadas de manera conjunta realicen los actos tendientes para que provean **328** vacantes *Código 2125, Grado 17*, creadas por el *Decreto 1479 de 2017* y distribuidos por la *Resolución No. 7746 de 2017*, haciendo uso de la lista de elegibles contenida en la *Resolución No. CNSC – 20182230124605* del 3 de septiembre de 2018.

Finalmente, solicita de manera subsidiaria, y en caso de existir en la ciudad de Bucaramanga, o en otra regional del país, una o más vacantes definitivas disponibles denominada *"DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17"*, se provean las mismas, se provean con la *Resolución No. CNSC – 20182230124605* del 3 de septiembre de 2018.

## II. TRAMITE PROCESAL

A la presente acción de tutela se le dio el trámite preferencial contemplado en el *Decreto 2591 de 1991*, se admitió la acción en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, y el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**, procediendo a notificarlas, quienes dentro del término de traslado, concurrieron en los siguientes términos:

### 1. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-

Concurre por conducto de su Asesor Jurídico, quien en primera medida hace una manifestación acerca de la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos de carácter individual, que en su considerar para casos como el que nos ocupa, en el que se cuestiona la ubicación en una lista de elegibles, se toma improcedente, en tanto la tutela pierde su carácter excepcional, pues existencia otros mecanismos idóneos para su contradicción, como lo son los medios de control



de nulidad, y nulidad y restablecimiento del derecho, regulados en la Ley 1437 de 2011, y que se encuentran a disposición de la actora.

Dicho esto, frente a los hechos de la demanda, hace un estudio conciso acerca de cada uno de los mismos, destacando como puntos importantes que, primero, en lo referente a la planta de personal del ICBF y su composición, no tiene competencia o injerencia alguna, por lo que desconoce acerca de la creación y/o supresión de empleos que hubieren podido surtir dentro de dicha entidad, segundo, respecto de la expedición de la Ley 1960 de 2019, si bien en su artículo 6º, modificó el numeral 4º de la Ley 909 de 2004, lo cierto es que, dicha norma no resulta aplicable a la convocatoria No. 433 de 2016, y tercero, que aun cuando la CNSC dio cumplimiento a orden de tutela contenida en sentencia del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA, en favor de la señora JESSICA LORENA REYES CONTRERAS, no es menos que, sigue sin estar de acuerdo con dicha postura, pues insiste, la aplicación de la Ley 1960 de 2019, no resulta procedente, toda vez que para la fecha de publicación de la referida norma, el concurso ya había concluido.

Ahora bien, como argumentos de defensa, señala, que la participación en un concurso de méritos, *per se* no genera un derecho adquirido a los aspirantes, pues para que tal derecho les sea atribuido, ha de cumplirse con todos los requisitos legales y superar todas las etapas del proceso de selección, y aun con ello, el derecho adquirido solo le será predicable, de los elegibles que ocupan las primeras posiciones de la lista, y que por tal con base en el número de vacantes ofertadas pueden ser nombrados, pues respecto de los demás solo surge una mera expectativa, por lo que en esa línea, respecto de la lista contenida en la Resolución No. CNSC – 20182230124605 del 3 de septiembre de 2018, solo los aspirantes que ocuparon los primeros diecinueve (19) lugares, son quienes adquirieron su derecho de carrera, y los demás, como en el caso de la actora que ocupó la posición 28, está a la espera a que se genere una vacante del mismo empleo durante la vigencia de la precitada lista, esto es, hasta el 13 de septiembre de 2020.

Finalmente, sostiene que, a la fecha no existe solicitud de uso de lista de elegibles por parte del ICBF, para proveer vacantes ofertadas con el OPEC No. 34772, por lo que sugiere que, en el eventual caso en que dicha institución, en la actualidad, disponga de vacantes, con la misma denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, deberá registrarlas en SIMO, y expedir el correspondiente Certificado de Disponibilidad Presupuestal, para que la CNSC proceda a autorizar dicho uso y se provean definitivamente las vacantes existentes, por lo que en ese orden, y ante las consideraciones antes expuestas, solicita que, ante la inexistencia de vulneración a los derechos fundamentales de la actora, se declare la improcedencia del medio constitucional, y con ello la desvinculación de la CNSC, además porque la competencia de la Comisión solo va hasta la expedición de las listas, y de su uso, y nombramientos, es de la facultad exclusiva del ICBF.

## 2. INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-

Vencido el término de traslado, se abstuvo de emitir pronunciamiento, lo que da lugar a la aplicación de lo previsto en el artículo 21 del Decreto 2591 de 1991, esto es, que se tomen como ciertas las afirmaciones hechas por el accionante.



### III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

#### 1. DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN.

La Carta Política de 1991, en su artículo 86 instituyó la acción de tutela como el mecanismo constitucional a través del cual, cualquier persona puede solicitar ante los jueces, la protección de sus derechos fundamentales, cuando consideren que estos están siendo amenazados o vulnerados, por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.

Dicha acción fue desarrollada por el Decreto 2591 de 1991, que en su artículo 6 consagra como uno de los presupuestos para su procedencia que, no exista en el ordenamiento jurídico otra acción o medio judicial ordinario para la protección de los derechos considerados desconocidos, lo que quiere decir que la tutela es un mecanismo residual, que solo opera ante la inexistencia de aquellos, o cuando existan, estos se toman ineficaces para la defensa de los derechos cuyo amparo se persigue, ante la presencia de un perjuicio irremediable.

Así entonces, respecto al derecho de petición se tiene que, se encuentra instituido en el artículo 23 constitucional, el cual establece la potestad que le asiste a toda persona de presentar peticiones respetuosas de interés general o particular ante las autoridades y, a obtener de ellas una respuesta.

De esta manera, en sujeción de los postulados constitucionales y de la interpretación y alcance jurisprudencial sobre el derecho de petición, es claro que a las autoridades –inclusive particulares– a las que se les dirige una petición, les asiste el deber de dar respuesta de fondo dentro del plazo establecido por la ley, lo cual comprende la prohibición de respuestas evasivas o abstractas, sin querer decir con ello que la respuesta deba ser favorable. La respuesta de fondo implica un estudio riguroso del requerimiento del peticionario, de conformidad con las competencias de la autoridad frente a la que ha sido presentada la petición.

En ese sentido, la garantía al derecho de petición conlleva que el peticionario conozca la respuesta a su solicitud, es decir, que se le notifique o ponga en su conocimiento en la forma indicada por el solicitante o por cualquier medio expedito y eficaz.

Ahora bien, frente a la procedencia de la acción de tutela en casos como en el que nos acoge, en el que se debate la solicitud de sustitución pensional de sobreviviente, la H. Corte Constitucional, ha sido muy precisa en referir que:

*"El núcleo esencial del derecho de petición entonces, cuando del reconocimiento a las prestaciones pensionales por sobrevivencia se trata, supone que en el iter administrativo se expidan los actos de trámite para llegar al acto administrativo definitivo de reconocimiento pensional dentro de los plazos perentorios previstos en la Ley, por lo que la omisión del ente de Previsión Social de pronunciarse sobre la inclusión del beneficiario en la nómina de pensionados, vulnera los derechos fundamentales de petición y del debido proceso administrativo de éste, compete al Juez Constitucional su amparo por vía de tutela."*



Y en esa línea, cuando el derecho de petición es ejercido en este tipo de trámites por personas de la tercera, el Alto Tribunal, ha manifestado que:

**"En definitiva, la tutela procede como mecanismo de protección de los derechos pensionales para las personas de la tercera edad, en razón de sus condiciones particulares de debilidad, en tanto requieren que las medidas se tomen de forma pronta para garantizar que puedan mantener las condiciones de dignidad durante la última etapa de su vida. Así, los mecanismos de defensa ordinarios que puedan estar disponibles, pierden su eficacia y su idoneidad para resolver asuntos relacionados con el reconocimiento y pago de derechos pensionales para este grupo poblacional, resultando desproporcional exigirles someterse a este tipo de procesos."** (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

## 2. DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO.

Contenido en el artículo 29 de la Constitución Política el debido proceso es un principio que rige todas las actuaciones administrativas o judiciales que adelanten los administrados. Como una materialización de la garantía de este derecho, los accionantes de dichas actuaciones, tiene derecho a: "(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la Ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso", tal y como lo ha sostenido la H. Corte Constitucional.

Así las cosas, en tratándose de la procedencia de la tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales como la petición o el debido proceso cuando se cuestiona el procedimiento, no existe ningún medio judicial para procurar su defensa, lo que en principio daría lugar a que en relación con esta tutela procediera de manera directa para propender por su garantía efectiva, no obstante, previo a tal determinación es importante acometer un estudio en iguales términos, frente a la procedencia del medio constitucional cuando se controvierten actuaciones derivadas de un concurso de méritos, como la que hoy nos ocupa.

## 3. DEL DERECHO DE ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA Y SU PROCEDENCIA EXCEPCIONAL VIA TUTELA.

La Constitución Política impone como **principios cardinales** para el acceso a los empleos públicos: el sistema de carrera, el mérito y la igualdad (artículos 13 y 125 superiores). Estos han sido considerados por la doctrina constitucional como **elementos definitorios** del modelo constitucional adoptado en la Carta de 1991, luego constituyen pilares deontológicos sobre los cuales está cimentado nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia del 25 de abril de 2017, M.P. JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS, Ref. T - 245 de 2017, Bogotá D.C.



El sistema de carrera procura no sólo la materialización de derechos fundamentales relacionados con la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, el acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad y las garantías mínimas laborales consagradas en el artículo 53 superior, sino también el cumplimiento de los fines del Estado, en la medida que, con la elección de las personas más idóneas, procura un "servicio eficaz sometido en todo momento a la búsqueda constante de la materialización de los intereses generales tal como preceptúa el artículo 209 del texto constitucional"<sup>2</sup>.

Sobre la importancia constitucional de la carrera administrativa, la jurisprudencia ha señalado que ésta "no constituye un referente aislado, pues sus relaciones con distintos preceptos y postulados constitucionales se despliegan en tres órdenes, relativos al cumplimiento de los fines del Estado, a la vigencia de algunos derechos fundamentales y al respeto del principio de igualdad, de manera que la carrera (...) constituye un eje definitorio de la identidad de la Constitución y su ausencia trastoca relevantes contenidos de la Carta adoptada en 1991"<sup>3</sup>. **(Subrayado y negrilla fuera de texto original).**

Dicho esto, es importante el reseñar, que revisadas las pretensiones de la acción de tutela en estudio, para el Despacho resulta claro que con esta se busca lograr el cumplimiento de los parámetros normativos contenidos en la Ley 1960 de 2019 y en el *Criterio Unificado*, expedido por la Sala Plena de la CNSC, el 16 enero de 2020, situación que de entrada daría pie a que, acorde con la jurisprudencia constitucional, la tutela perdiera su carácter subsidiario, habida consideración de existir un mecanismo idóneo para alcanzar la protección aquí debatida, como lo es la acción de cumplimiento, medio a través del cual la actora podría acudir ante autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos, no obstante lo anterior, la *H. Corte Constitucional*, ha precisado que cuando la acción de cumplimiento se contrapona a la acción de tutela, la primera pierde su carácter principal y pasa a ser subsidiaria respecto de la acción constitucional, siempre que con esta última se busque la protección directa de derechos fundamentales que eventualmente puedan verse vulnerados; para lo pertinente se cita lo siguiente:

"En síntesis, la acción de cumplimiento es un mecanismo judicial mediante el cual se pretende obtener cumplimiento a mandatos expresos contenidos en normas con fuerza material de ley o actos administrativos. Se trata de una acción subsidiaria respecto de la acción de la tutela, de manera que esta última es prevalente cuando lo que se busca es la protección directa de derechos constitucionales fundamentales que pueden verse vulnerados o amenazados por la omisión de una autoridad. En contraste, cuando la pretensión se dirige a que se garanticen derechos de orden legal o que la administración aplique un mandato legal o administrativo, específico y determinado, procede la acción de cumplimiento."<sup>4</sup> **(Subrayado y negrilla fuera de texto original).**

<sup>2</sup> Rincón Córdoba, Jorge Iván, "Derecho Administrativo Laboral", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pág. 154. Sobre los objetivos de la carrera, analícese la Sentencia C-034 de 2015.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sentencia del 16 de noviembre de 1994, M.P. ANTONIO BARRERA CARBONELL, Ref. C-514 de 1994, Bogotá D.C.

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia del 8 de agosto de 2018, M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, Ref. SU-077 de 2018, Bogotá D.C.



Ahora bien, frente a casos como el examinado, en los que no se cuestiona la legalidad de los actos administrativos expedidos en el marco de un concurso de méritos, sino el cumplimiento de normas que les resulta aplicable a los mismos, la *H. Corte Constitucional*, ha referido acerca de la procedencia de la tutela, lo siguiente:

Y... ) esta Sala de Revisión encuentra que **la acción de amparo constitucional se convierte en el mecanismo idóneo de defensa judicial para resolver la controversia sometida a revisión**, por una parte, porque las pretensiones del accionante no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, pretensión para la cual puede acudir a los medios de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, **sino que pretende demostrar que la aplicación de estas normas, en su caso concreto, lesiona sus derechos fundamentales.**<sup>6</sup> (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

De lo anterior es ineludible entonces, que en el particular se está frente a un asunto en el que la acción de tutela resulta ser el medio idóneo para la protección de los derechos fundamentales invocados, pues ante la inminencia de la pérdida de vigencia de la lista de elegibles de que hace parte la señora **MARTHA LUCIA PERICO RICO**, da pie a que ante la presunta inaplicabilidad normativa del *Ley 1960 de 2019*, puedan eventualmente verse violentados los derechos fundamentales que hoy se examinan, razón esta suficiente por la que el Despacho al amparo de la jurisprudencia constitucional procederá al estudio de fondo de la presente acción de tutela en los términos que a continuación se exponen.

#### 4. CASO EN CONCRETO.

Se tiene en el presente asunto que, pretende la actora le sean amparados sus derechos fundamentales de petición, trabajo, igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos, que presuntamente están siendo vulnerados por las entidades accionadas, ante la falta de aplicación de lo dispuesto en la *Ley 1960 de 2019* y en el *Criterio Unificado*, expedido por la *Sala Plena* de la *CNSC*, el 16 enero de 2020.

De su lado, la accionada **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-**, considera no existe vulneración a derecho fundamental alguno, en tanto lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, no resulta aplicable a la convocatoria No. 433 de 2016, de la que hizo parte la actora, toda vez que, a la entrada en vigencia de la referida norma, la lista de elegibles ya había sido conformada, y todas las etapas del concurso habían finalizado.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 2591 de 1991, ante la falta de contestación en sede de tutela por parte del *ICBF*, se tendrán como ciertas todas las manifestaciones que sobre este fueron realizadas por la actora en su escrito tutelar, concretamente, lo relacionado a la creación de cargos código 2125, grado 17, a través del Decreto 1479 de 2019; la distribución de 9 cargos de dicha categoría para la seccional **SANTANDER**, conforme lo dispuesto en la Resolución No. 7746 del 5 de septiembre de 2017; y lo referente a que en la

<sup>6</sup> Corte Constitucional, Sentencia del 8 de agosto de 2018, M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, Ref. SU - 077 de 2018, Bogotá D.C.



actualidad hay un total de 11 vacantes Código 2125, Grado 17, que a la fecha se encuentran ocupadas por funcionarios en calidad de provisionalidad, encargo e incluso pendientes por ser provistas por el ICBF.

Así entonces, sea lo primero señalar que, acorde con lo expuesto en el marco normativo y jurisprudencial, el sistema de carrera favoreciendo el mérito y como un elemento definitorio y esencial del modelo constitucional de la *Carta Magna de 1991*, es un pilar fundamental sobre el que se cimienta el ordenamiento jurídico actual, es así como desde la expedición de la norma superior, sendas han sido las regulaciones que han pretendido fortalecerlo y garantizar su acceso como un derecho, dentro de las que se encuentra la *Ley 909 de 2004*: "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", estatuto que vino a desarrollarlo y que desde su expedición ha sido objeto de múltiples modificaciones, una de ellas fue la realizada a partir de la expedición de la *Ley 1960 de 2019*<sup>6</sup>, en la que entre otras disposiciones, en su artículo 6º, modifica el numeral 4º de su artículo 31 en los siguientes términos: "ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:

1. (...)

2. (...)

3. (...)

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

De ella se tiene entonces, que a partir de su expedición y publicación, que data del 27 de junio de 2019, se abre paso a que en los concursos de mérito, una vez surtidas todas las etapas del proceso de selección, y conformada la correspondiente lista de elegibles, se cubran tanto las vacantes de cargos que inicialmente fueron ofertadas en la convocatoria, como de aquellas que si bien son equivalentes a las ofertadas, no fueron convocadas, pues surgieron con posterioridad al concurso de méritos.

Así entonces, tralido en contexto el anterior recuento normativo al asunto de marras, encontramos que la señora **MARTHA LUCIA PERICO RICO**, en ejercicio de su derecho de acceso a la carrera administrativa, se inscribió a la **CONVOCATORIA PÚBLICA DE EMPLEO No. 433 de 2016**, que proveía cargos definitivos para la planta de personal del ICBF, optando por el cargo de: "DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17", que para **SANTANDER** ofertaba un total de 19 vacantes; de ahí que una vez surtidas todas las etapas, y conformada la lista de elegibles, la actora ocupó el lugar 28 de la misma, lo cual en principio no le otorgaba la posibilidad de posesionarse en el cargo para el que había concursado. No obstante, en el curso de la convocatoria, el Gobierno Nacional, creó 9 cargos de la misma categoría para

<sup>6</sup>Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998"



la seccional **SANTANDER**, dando un total de 28 vacantes, esto es, las 19 inicialmente ofertadas, más las 9 de creación posterior.

Y en esa línea, si bien es cierto al momento de la expedición del *Decreto 1479 de 2017*, y la emisión de la *Resolución No. 7746 del 5 de septiembre de 2017* por parte del **ICBF**, se encontraba vigente, el *numeral 4º original del artículo 31 de la Ley 909 de 2004*, esto es, que las vacantes se distribuirían en estricto orden de mérito, pero solo frente a las cuales se efectuó el concurso, no es menos, que dicha preceptiva, como se dijo, fue modificada por el *artículo 6º de la Ley 1960 de 2019*, y aun cuando acorde con lo referido por la **CNSC**, al empezar a surtir efectos dicha Ley, ya habían finalizado todas las etapas del concurso, lo que daría lugar a la imposibilidad de aplicar la norma de forma retroactiva, tampoco puede ser desconocido el hecho de que para el momento de su expedición, se encontraba vigente la lista de elegibles conformada a través de la *Resolución No. CNSC – 20182230124605 del 3 de septiembre de 2018*, e incluso a la fecha continua vigente, por lo que es ineludible entonces, que se está frente a una situación jurídica que sigue sin ser consolidada, y que solo adquiriría tal carácter, bien cuando la actora se posesione en el cargo para el que se postuló, o con el vencimiento de la lista, lo que abre la posibilidad a que los efectos normativos contenidos en el referido *artículo 6º* le resulten aplicables en el caso de la actora, pues incluso así lo ha reconocido la H. Corte Constitucional, quien acerca del carácter retroactivo y retrospectivo de las normas, ha precisado lo siguiente:

*"De las sentencias estudiadas se extrae, en conclusión, que (i) por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro pero con retroactividad; (ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; (iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica y; (iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en cuanto el propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados."* (Subrayado y negrilla del Despacho).

De lo anterior, es concluyente entonces que, aun cuando el concurso de méritos del que hace parte la actora se originó con anterioridad a la entrada en vigencia de la *Ley 1960 de 2019*, en todo caso, a la fecha el derecho que se deriva de su participación, esto es, posesionarse en el cargo para el que se inscribió, sigue sin ser consolidado, derecho además que si bien en estos momentos, acorde como así lo señala la **CNSC**, se retrae a una mera expectativa, no es menos cierto que hasta que no pierda vigencia la lista de elegibles, como ya se mencionó, es una expectativa completamente legítima en favor de la señora **MARTHA LUCIA PERICO RICO**, por lo que en ese orden, mal haría este Despacho el desconocer los efectos

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia del 22 de febrero de 2011, M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, Ref. T-110 de 2011, Bogotá D.C.



irrogados a partir de la modificación de la Ley 909 de 2004, cuando estos, además por favorabilidad normativa, le resultan aplicables perfectamente a la situación de la actora, sin que per se una decisión en tal sentido se genere en detrimento del principio de irretroactividad de la Ley, pues, se repite, se está frente a una situación fáctica y jurídica que a la fecha sigue sin ser consolidada.

Argumentos de aplicación normativa, que toman aun mayor peso, si en cuenta se tiene lo contenido el *Criterio Unificado* de fecha 16 de enero de 2020, a través del cual la *Sala Plena* de la **CNSC**, unifica lo referente al uso de listas de elegibles en el contexto de la *Ley 1960 de 2019*, y abre la posibilidad de aplicación, para casos como el de la actora, en los siguientes términos:

*"De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."*

Por lo que, en consecuencia, y sin ahondar en mayores consideraciones, por resultar procedente el amparo solicitado, se ordenará al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-** que, conforme con el procedimiento administrativo establecido por la **CNSC** para tal fin, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la correspondiente notificación, reporte y/o actualice las nuevas vacantes creadas a partir de la expedición del *Decreto 1479 de 2017*, y que de acuerdo a la *OPEC No. 34735*, esto es, *"DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17"*, guarden iguales características, entiéndase con ello, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones y ubicación geográfica; así mismo, para que dentro del referido reporte, solicite a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-**, el uso de la lista de elegibles actualizada conformada para la referida *OPEC*; hecho esto, y una vez recibido el referido reporte, como orden intrínseca de la primera, la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-**, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la recepción del reporte del ICBF, previa recomposición de listas de que trata el artículo 63 del *ACUERDO No. 20161000001378 del 5 de septiembre de 2016*, deberá proceder a dar autorización y a remitir la lista de elegibles actualizada a dicha entidad, a efectos de que esta última haga uso de la misma, para proveer de manera definitiva las vacantes existentes, entendiéndose con ello que, disponga la valoración del cumplimiento de los requisitos por parte de la señora **MARTHA LUCIA PERICO RICO** para ocupar el cargo de *"DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17"*, en el sentido de que, de estar en posición de mérito por recomposición de listas, efectúe su nombramiento y posesión inmediata en el referido cargo, con la finalidad de que la actora pueda iniciar con su periodo de prueba.

De otra parte, y agotado el estudio de las pretensiones que motivan la presente acción constitucional, sería del caso dar paso a disponer las ordenes necesarias para garantizaría el amparo reconocido, si no fuera porque de los hechos de la



tutela, observa el Despacho que en estos se hace una manifestación que conlleva intrínseca una afectación al núcleo esencial al derecho fundamental de petición, lo que da paso a que sea necesario en esta oportunidad disponer su estudio.

Así entonces, se tiene que, la señora **MARTHA LUCIA PERICO RICO** elevó peticiones ante el ICBF y la CNSC, las cuales acorde con las guías de envío que se aportan al informativo, fueron debidamente entregadas el 20 de febrero de 2020, a cada destinatario, por lo que en ese orden, acorde con lo previsto en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, el término para dar respuesta de fondo, completa y congruente<sup>8</sup>, es dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción, que para efectos del caso bajo estudio, fenecerían el 12 de marzo de 2020, no obstante, a la fecha, acorde con la documentación obrante dentro del expediente, no se acredita respuesta en los términos antes enunciados, esto, pues primero, la CNSC directamente no ha emitido respuesta alguna, y en su escrito de contestación no efectuó pronunciamiento acerca de tal situación, y segundo, el ICBF, aun cuando con fecha 25 de febrero del mismo año, dio respuesta, esta no abordó la totalidad de lo solicitado, es decir, se dio de manera incompleta, en tanto se limitó a reseñar el marco normativo regulatorio del concurso de méritos, y el *Criterio Unificado* de la CNSC, dejando de absolver otros aspectos relevantes, como los nombramientos y posesiones surtidas en virtud de la lista de elegibles contenidas en la **Resolución No. CNSC – 20182230124605 del 3 de septiembre de 2018**, o del estado actual y/o situación jurídica de las vacantes actuales Código 2125, Grado 17, información que fue objeto de la petición.

Por lo que bajo estas consideraciones, ante la inexistencia de respuestas en los términos antes señalados, se dispondrá el amparo del derecho fundamental de petición, y en consecuencia, se ordenará a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-**, y al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-**, que dentro de las cuarenta y ocho (48) siguientes al recibo de la correspondiente comunicación, si aún no lo hubiere hecho, se sirva dar respuesta de **FONDO, COMPLETA y CONGRUENTE**, a las peticiones elevadas por la señora **MARTHA LUCIA PERICO RICO**, con fecha 20 de febrero de 2020, las cuales deberán serle notificadas en debida forma, como garantía del derecho mismo.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### FALLA

**PRIMERO: AMPÁRANSE** los derechos fundamentales de petición, debido proceso, trabajo y acceso a cargos públicos de la señora **MARTHA LUCIA PERICO RICO**, por las razones expuestas y en los términos de esta sentencia.

**SEGUNDO: ORDÉNASE** al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-**, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la correspondiente notificación, reporte y/o actualice las nuevas vacantes creadas

<sup>8</sup> "El derecho de petición, según la jurisprudencia constitucional, tiene una finalidad doble: por un lado permite que los interesados eleven peticiones respetuosas a las autoridades y, por otro, garantiza una respuesta oportuna, eficaz, de fondo y congruente con lo solicitado" / Corte Constitucional, Sentencia del 22 de febrero de 2011, M.P. ALEJANDRO LINARES CANTILLO, Ref. T – 206 de 2018, Bogotá D.C.



a partir de la expedición del Decreto 1479 de 2017, y que de acuerdo a la OPEC No. 34735, esto es, "DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17", guarden iguales características, entendiéndose con ello, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones y ubicación geográfica; así mismo, para que dentro del referido reporte, solicite a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC-, el uso de la lista de elegibles actualizada conformada para la referida OPEC, tal y como se indicó en la parte motiva de este proveído.

**TERCERO: ORDÉNASE** a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC-, para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la recepción del reporte del ICBF, previa recomposición de listas de que trata el artículo 63 del ACUERDO No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, proceda a dar autorización y a remitir la lista de elegibles actualizada a dicha entidad.

**CUARTO: ORDÉNASE** al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-, para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la recepción de la lista de elegibles actualizada por la CNSC, haga uso de la misma, para proveer de manera definitiva las vacantes existentes, entendiendo con ello que, disponga la valoración del cumplimiento de los requisitos por parte de la señora **MARTHA LUCIA PERICO RICO** para ocupar el cargo de "DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17", en el sentido de que, de estar en posición de mérito por recomposición de listas, efectúe su nombramiento y posesión inmediata en el referido cargo, con la finalidad de que la actora pueda iniciar con su periodo de prueba.

**QUINTO: ORDÉNASE** a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-, y al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-, que dentro de las cuarenta y ocho (48) siguientes al recibo de la correspondiente comunicación, si aún no lo hubiere hecho, se sirva dar respuesta de **FONDO, COMPLETA y CONGRUENTE**, a las peticiones elevadas por la señora **MARTHA LUCIA PERICO RICO**, con fecha 20 de febrero de 2020, las cuales deberán ser notificadas en debida forma, como garantía del derecho mismo, tal y como se dispuso en la parte motiva de este proveído.

**SEXTO:** Si no es impugnada esta providencia, por Secretaría **REMÍTASE** a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

**SÉPTIMO:** Notifíquese este fallo por el medio más expedito.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
PAULA ANDREA HERRERA ARENAS  
Juez

**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL**  
**CIRCUITO JUDICIAL DE PASTO**



Pasto, doce (12) de mayo dos mil veinte (2.020)

Radicación:	520013333007 <b>2020-00041- 00</b>
Acción:	TUTELA
Actor:	ANDRÉS MAURICIO JARAMILLO VALLEJO
Demandado:	ICBF y CNSC
Decisión:	SENTENCIA
Tema:	<b>Debido proceso.</b>

En el término consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, procede este Despacho a proferir el fallo que en derecho corresponda en la presente acción de tutela.

## I. ANTECEDENTES

### 1.1 Identificación de la parte accionante

Se trata del señor ANDRÉS MAURICIO JARAMILLO VALLEJO, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 98388651, quien actúa a nombre propio.

Mediante auto del 4 de mayo del año en curso, este Juzgado en acatamiento a lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Nariño, ordenó la vinculación a este trámite tutelar del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de los Integrantes de la lista de elegibles para el cargo de "Profesional Especializado, Código 2028, Grado 15 OPEC No. 39147" conformada mediante la Resolución No. CNSC - 20182020051495 del 22 de mayo de 2018, expedida por la accionada COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL dentro de la Convocatoria No. 433 de 2.016- ICBF.

## 1.2 Identificación de la parte accionada

Dirigió la tutela en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR<sup>1</sup> y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL<sup>2</sup>.

## 1.3 Derechos fundamentales invocados

Los preceptos fundamentales constitucionales que se invocaron como lesionados son:

*“...derechos fundamentales ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA POR MERITOCRACIA (art. 40 numeral 7 y art. 125 constitucional) IGUALDAD (art.13 constitucional), TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS (art. 25 constitucional), DEBIDO PROCESO (art. 29 constitucional) y CONFIANZA LEGÍTIMA,...”*

## 1.4 Súplicas deprecadas

La parte accionante solicitó la protección de sus derechos que enunció como fundamentales, pidiendo a este Despacho:

*“PRIMERO: Ruego al Despacho amparar mis derechos fundamentales ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA POR MERITOCRACIA (art. 40 numeral 7 y art. 125 constitucional) IGUALDAD (art.13 constitucional), TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS (art. 25 constitucional), DEBIDO PROCESO (art. 29 constitucional) y CONFIANZA LEGÍTIMA, conforme lo establecido en los diferentes pronunciamientos judiciales que se citaron, incluso como lo dispone la Jurisprudencia Unificada de la Corte Constitucional en Sentencia SU-913 de 2009.*

*SEGUNDO: Que en concordancia con lo anterior, se ordene al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, realice las actuaciones pendientes para mi nombramiento y posesión en periodo de prueba en el cargo de carrera del empleo identificado con el código o número 39147 denominado profesional especializado código 2028 grado 15 y/o algún cargo similar, conforme la lista de elegibles conformada. Mediante Resolución No CNSC-20182020051495 del 22 de mayo del 2018, la cual se encuentra en firme y generó los derechos fundamentales deprecados.*

*TERCERO: Solicito la vinculación de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC en la presente acción tutelar.*

*CUARTO: Sírvase COMPULSAR COPIAS a la Procuraduría General de la Nación a efectos de verificar y de que investigue si la conducta en la entidad accionada, de omitir el nombramiento de los elegibles, en cumplimiento de una orden emanada de un acto administrativo de carácter particular y concreto, constituye incumplimiento del deber o la norma que pueda derivar o no en sanción disciplinaria.*

---

<sup>1</sup> En adelante ICBF.

<sup>2</sup> En adelante CNSC

*QUINTO: CONDENAR a la entidad tutelada al pago de la indemnización de perjuicios causados y costas a que haya lugar.”*

### **1.5 Fundamentos fácticos**

El señor ANDRÉS MAURICIO JARAMILLO VALLEJO en su libelo de postulación refiere que mediante Acuerdo No. 201610000001 del 5 de septiembre de 2016 la CNSC convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF, inscribiéndose para optar por la vacante del empleo identificado con el número 39147 denominado profesional universitario código 2028 grado 15.

Indica que posteriormente, a través de resolución No. CNSC-20182020051495 del 22 de mayo de 2018, se conformó la lista de elegibles, quedando el actor en el tercer lugar de la misma. Dicha resolución quedó en firme el 6 de junio de 2018 y conforme al artículo 64 del Acuerdo 20161000001376 de 2016, tiene una vigencia de 2 años.

Señala que con resolución No. 7929 del 22 de junio de 2018, el ICBF nombró en periodo de prueba a quien había quedado en el primer lugar de la lista de elegibles. Luego, el 22 de noviembre de la misma anualidad, la CNSC expidió la resolución No. CNSC-20182230156785 que revoca el artículo 4 de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la convocatoria No. 443 de 2016. Situación impidió que el ICBF pudiese usar la lista de elegibles contenida en la resolución CNSC-20182020051495 del 22 de mayo de 2018, donde el accionante estaba en turno de opción ante el nombramiento de quien ocupó el primer lugar.

Alude que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1479 de 2017, mediante el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del ICBF, suprimiendo 12 cargos de carácter temporal, cuya denominación era de Profesional Universitario Código 2028 grado 15, y creó 94 con carácter permanente que debían proveerse siguiendo el procedimiento establecido en el decreto ley 909 de 2004.

Agrega que el 27 de junio de 2019 se expidió la ley 1960 que modificó la ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998 cuyo artículo 6 establece: *“El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: “Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos*

*equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.”.*

Manifiesta que el 16 de enero de 2020, la CNSC en criterio unificado concluye que: “(...) las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para prever las vacantes de los empleos que integran la Oferta Pública de Empleos de carrera –OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos”, 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 código número 39147.

Considera que ha consolidado un derecho a ser nombrado y posesionado en periodo de prueba en el empleo denominado Profesional Especializado código 2028, grado 15, toda vez que cumple los requisitos legales y jurisprudenciales para tal efecto.

#### **1.6 Pruebas:**

- Copia del decreto 1479 de 2017. (F. 11 - 15)
- Copia del criterio unificado expedido por la CNSC para el uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de la ley 1960 del 27 de junio de 2019. (F.16 – 19)
- Copia del derecho de petición elevado por el accionante ante el ICBF y la CNSC con el propósito de ser nombrado y posesionado en periodo de prueba para el cargo que concursó, y su respectiva respuesta. (F. 19 – 21 y 30 - 31)
- Copia de la resolución No. CNSC-20182020051495 del 22 de mayo de 2018. (F. 22 - 24)
- Copia de la resolución No. 7929 del 22 de junio de 2018. (F. 25 – 29)

#### **1.7 Respuesta de las entidades accionadas:**

##### **1.7.1 Comisión Nacional del Servicio Civil<sup>3</sup>**

El Asesor Jurídico de la Comisión Nacional del Servicio Civil responde la acción de tutela en los siguientes términos:

---

<sup>3</sup> Ver folios 37 a 51 del expediente.

Señala que mediante Resolución No. 20182020051495 del 22 de mayo de 2018, se conformó la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo identificado con el código OPEC No. 39147 denominado Profesional Especializado, código 2028, grado 15 ofertado a través de la convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF, en la cual el señor Andrés Mauricio Jaramillo Vallejo ocupó el puesto 3.

Aduce que el ICBF realizó el nombramiento en periodo de prueba y posesión de quien ocupó el primer puesto de aquella lista, por lo tanto, los demás elegibles se encuentran en espera a que se genere una vacante, durante la vigencia de la misma, esto es, hasta el 5 de junio de 2020.

Explica que hasta el momento no existe solicitud de uso de listas de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado con el número OPEC 39147. De tal manera que, en el eventual caso que el ICBF a la fecha disponga de vacantes con la misma denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, deberá registrarlas en SIMO y expedir el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestar y solicitar a la CNSC el uso de listas con cobro, para que esta proceda a autorizar dicho uso y se provean definitivamente las vacantes existentes.

Agrega que los participantes en un concurso de méritos que no ocupan las primeras posiciones en la lista de elegibles, no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, sólo son titulares de una expectativa frente a la utilización de listas de elegibles para la provisión de dicho empleo. De otra parte, informa que, de surgir vacancias definitivas en el empleo por renuncia, muerte del titular, entre otras, estas deban ser provistas con los integrantes de la lista específicamente conformada para el cargo.

Concluye solicitando la desvinculación de la entidad que representa, toda vez que no tiene competencia alguna frente a la administración de la planta de personal del ICBF, y además desconoce si dicha entidad dispone de vacantes con la misma descripción del empleo en el cual participó el accionante.

### **1.7.2 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar<sup>4</sup>**

---

<sup>4</sup> Ver folios 52 a 63 del expediente.

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, presenta el requerimiento ordenado en los siguientes términos:

Manifiesta que la presente acción de tutela deviene en improcedente, por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, esto es, la subsidiariedad, puesto que no se evidencia la configuración de un perjuicio irremediable, debido a que se publicó la lista de elegibles y esta adquirió firmeza el 6 de junio de 2018, la cual se conformó para proveer una vacante y en dicha lista el accionante ocupó la posición 3.

Agrega que el ICBF nombró a quien ocupaba el primer puesto de la lista de elegibles que también integra el actor en aquel cargo que fue ofertado en la convocatoria No. 433 de 2016 y para el cual participó.

Detalla que el accionante no ha elevado ante el ICBF o la CNSC ninguna solicitud o reclamación relacionada con el uso de la lista de elegibles en aplicación de la ley 1960 de 2019 para proveer los cargos disponibles en la entidad accionada.

Aclara que para acceder a lo solicitado por el actor y dar aplicación a la Ley 1960 de 2019, el ICBF debe adelantar una serie de gestiones administrativas y financieras que requieren de la concurrencia de la CNSC y que revisten complejidad.

Señala que el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019, creó el derecho a los empleados de carrera administrativa a concurso de ascenso y movilidad horizontal, para lo cual, la Ley otorgó término a la Comisión Nacional del Servicio Civil, para regular el derecho.

Expone que de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 (vigente para el momento en que se dio apertura a la convocatoria), el Decreto 1894 de 2012 y la jurisprudencia constitucional (sentencia SU-446 de 2011), las listas de elegibles fueron utilizadas para proveer las vacantes ofertadas en la convocatoria No. 433; sólo hasta el 16 de enero de 2020, la CNSC emitió el criterio unificado sobre el "uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019", previo el cumplimiento de una serie de procedimientos complejos y un trámite presupuestal que se están adelantando en el momento.

Precisa que dentro de los términos de Ley, el ICBF efectuó los nombramientos en período de prueba, en atención con lo previsto en las normas que regulaban el proceso para la fecha en que se expidieron aquellos actos administrativos, es decir, la Ley 909 de 2004, Acuerdo 562 de 2016 y Decreto 1894 de 2012.

De otra parte, manifiesta que la CNSC en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1894 de 2012; el artículo 62 del Acuerdo 201610000001376 del 5 de septiembre de 2016 y la Sentencia de Unificación SU-446 de 2011, estableció que las listas de elegibles conformadas en el marco de la Convocatoria 433 de 2016 “solo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la ley 909 de 2004.”

Puntualiza que la CNSC cambió su postura y, mediante criterio unificado del 16 de enero de 2020, “uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”, para dar cumplimiento de lo allí previsto, el ICBF debe adelantar unas acciones de carácter administrativo y financiero.

Considera que la interpretación del accionante divide el contenido de la Ley 1960 de 2019 que debe interpretarse integralmente, de acuerdo con el principio de conglobamento o inescindibilidad, criterio de interpretación contenido en la normatividad laboral y frente al cual los Altos Tribunales resaltaron que es factible la aplicación de la norma favorable al trabajador. Así las cosas, la Ley 1960 de 2019 debe aplicarse en su integralidad, esto es (i) garantizando que los empleados de carrera administrativa accedan a concursos de acenso, respecto al 30% de las vacantes, proceso que deberá regular la CNSC, y (ii) con la provisión de las vacantes haciendo uso de las listas de elegibles vigentes, respecto del 70% de esas vacantes.

Finaliza su disertación solicitando la declaratoria de improcedencia de la acción, puesto que no se cumplen con el requisito de subsidiariedad de la misma, y que en caso contrario se denieguen las pretensiones pues no hay vulneración a los derechos fundamentales invocados por el actor.

## **1.8 Terceros vinculados:**

### **1.8.1 Manuel Orlando Mena Zapata**

El señor Manuel Orlando Mena Zapata, mediante correo electrónico allegado a este Juzgado, solicita su vinculación a este trámite tutelar coadyuvando la petición de amparo constitucional presentada por el actor.

Afirma hallarse en las mismas condiciones fácticas y jurídicas planteadas por el accionante en su escrito tutelar. Sin embargo, no allega prueba sumaria que acredite que se encuentra incluido en la lista de elegibles

conformada en la resolución No. 2018, proferida por la CNSC, para proceder a aceptar su vinculación a esta acción, de conformidad con lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Nariño en providencia del 28 de abril del año en curso, al declarar la nulidad del fallo emitido por esta Judicatura.

### **1.8.2 Ministerio de Hacienda y Crédito Público:**

La Delegada del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, contesta esta acción de tutela en los siguientes términos:

Señala que de conformidad con las atribuciones legales conferidas a la entidad que representa, aquella no está facultada para intervenir en los asuntos que son de competencia del ICBF y de la CNCS.

Aduce que según el artículo 122 de la Constitución Política, para la creación de empleos públicos remunerado, se requiere que estén incluidos en la planta de personal y que sus costos estén previstos en el presupuesto de la entidad.

Agrega que los hechos que originaron la presente acción, corresponden exclusivamente a actuaciones adelantadas por el ICBF y la CNSC en el desarrollo del concurso de méritos en el que participó el actor. Por ello, se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

## **II.- CONSIDERACIONES**

### **2.1. Competencia**

La solicitud de amparo se ha dirigido en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidades del orden nacional, razón por la cual este Juzgado es el competente para conocer y fallar esta acción de tutela, de conformidad con lo dispuesto en artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015 (modificado por el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017), referente al reparto de la acción de tutela, y al artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 que trata sobre la competencia a prevención de la misma.

### **2.2 Legitimación**

#### **2.2.1 Legitimación activa**

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En el presente caso, el señor ANDRÉS MAURICIO JARAMILLO VALLEJO, actúa en defensa de sus derechos fundamentales, razón por la cual se encuentra legitimado para presentar la acción.

### **2.2.2 Legitimación pasiva**

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil están legitimadas como parte pasiva en el presente asunto, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, debido a que se les atribuye la violación de los derechos fundamentales en discusión.

### **2.2.3 Inmediatez**

La regla general establecida en el artículo 86 de la Constitución y en el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela puede ser propuesta “*en todo momento y lugar*”. No obstante la Corte Constitucional ha establecido que la solicitud de amparo debe ser propuesta dentro de un plazo razonable posterior a la violación de los derechos fundamentales, como se dispuso en la Sentencia SU-961 de 1999 al señalar que “*La tutela debe interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser procedente en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros*”<sup>5</sup>.

De conformidad con los hechos expuestos por el accionante y la prueba allegada al proceso, el 5 de febrero de 2020, el señor ANDRÉS MAURICIO JARAMILLO VALLEJO radicó ante el ICBF solicitud de aplicación de los artículos 6 y 7 de la ley 1960 de 2019, y en consecuencia, se proceda a su nombramiento en periodo de prueba y posesión en el cargo para el cual concursó. Petición que fue resuelta negativamente el pasado 7 de febrero de la misma data. Y la solicitud de amparo constitucional fue propuesta el 11 de marzo de 2020. Considerado lo anterior se concluye que la acción fue presentada dentro de un término razonable.

### **2.2.4 Subsidiariedad**

---

<sup>5</sup> Sentencia SU-961 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

El inciso tercero del artículo 86 de la Constitución establece el carácter subsidiario de la acción de tutela al señalar, que *“Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*.

En desarrollo de la norma constitucional, el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 reiteró que el amparo no procedería *“Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*, agregando además, que la eficacia del medio de defensa debe ser apreciada en concreto, atendiendo a las circunstancias del caso. Dentro de esta comprensión se ha aceptado la procedencia definitiva del amparo en aquellas situaciones en las que existiendo recursos judiciales, los mismos no sean idóneos para evitar la vulneración del derecho fundamental. Sobre el punto la Corporación ha afirmado lo siguiente:

*“La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional.”<sup>6</sup>*

### **2.3 Problema jurídico a resolver**

¿Las entidades accionadas COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo, acceso a cargos públicos, del accionante ANDRÉS MAURICIO JARAMILLO VALLEJO, al no nombrarlo en un cargo igual a aquel para el que concursó y se encuentra en lista de elegibles, bajo el argumento que fue creado con posterioridad a dicha convocatoria?

### **2.4 Tesis del Despacho**

El Despacho considera que las demandadas vulneran los derechos fundamentales del actor y de todos los integrantes de la lista de elegibles al no aplicar el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, bajo el argumento de la existencia del “Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019” reglamento que excede la norma de mayor jerarquía desarrollada, al condicionar las listas de elegibles vigentes a la fecha de la convocatoria

---

<sup>6</sup> Sentencia SU-458 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

del concurso, limitante que no establece la Ley y que desconoce principios constitucionales como el del mérito para acceder a cargos públicos. En consecuencia, se concederá el amparo deprecado por el actor.

### **III. Argumentos que sustentan la tesis y solución al caso concreto**

#### **3.1 Procedencia excepcional de la acción de tutela contra determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos**

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela procede en los eventos en que haya vulneración o posible amenaza de derechos fundamentales. Adicionalmente, establece que solo se podrá hacer uso de éste cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o si existiendo, es utilizado como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Así entonces, la acción de tutela tiene un carácter residual y excepcional, y, por tanto, reconoce la validez de los recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos idóneos para la protección efectiva de derechos, *“sin embargo, la sola existencia de un medio alternativo de defensa judicial, no implica automáticamente la improcedencia de la acción de tutela”*<sup>7</sup>.

Se impone entonces al interesado la obligación de adelantar todos los medios ordinarios para la protección de sus derechos, ello atendiendo al carácter subsidiario de la acción de tutela, pues su falta de actuar y la falta injustificada de agotamiento de los medios ordinarios de defensa, generan la improcedencia de la acción de tutela.

Ahora bien, la Corte Constitucional con respecto a la procedencia de la tutela contra las determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos, en la sentencia T-180 del 16 de abril de 2015, indicó que en las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para que pueda controvertirlas, existen ocasiones en que las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos vulnerados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de dicha vulneración en el tiempo.

---

<sup>7</sup> Sentencia T-367 de 2008.

En el mismo sentido se pronunció en la sentencia SU-913 de 2009, cuando señaló que:

*“en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que, para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular.*

*Entonces, en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales al acceso a la función pública y al trabajo.*

*Así las cosas, este Tribunal ha entendido que la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales.”*

Conforme a lo señalado, la Corte Constitucional ha considerado que la acción de tutela procede como mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección de personal público, cuando resulten afectadas con las decisiones que se emitan, pues, en algunos casos, las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para proteger los derechos fundamentales conculcados, debido a su complejidad y duración.

Bajo ese supuesto y atendiendo al hecho que en este caso se controvierten decisiones adoptadas al interior de un concurso de méritos, la presente acción resulta procedente, pues el actor goza de un derecho adquirido ya que hace parte de la lista de elegibles y se encuentra en un lugar donde puede ocupar una de las vacantes creadas, según el orden de elegibilidad, de otra parte, la vigencia del listado de elegibles esta próxima a su vencimiento, por lo que, teniendo en cuenta las actuaciones de las entidades accionadas, no permiten al actor esperar el trámite de una acción ordinaria que resuelva sobre su solicitud de nombramiento.

### **3.2 Derecho de acceso a cargos públicos**

La Corte Constitucional se ha referido al derecho de acceso a los cargos públicos, prescrito en el numeral 7° del artículo 40 de la Constitución Política, así: *“El derecho a acceder a cargos públicos debe entenderse en el sentido de inmunizar a la persona contra las decisiones estatales que de manera arbitraria le impida acceder a un cargo público, a no ser desvinculado de manera arbitraria del mismo y, ocupando uno, que no se le impida arbitrariamente el ejercicio de sus funciones”*<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Sentencia T-257 de 2012. Corte Constitucional

En este sentido, se debe buscar garantizar que a quien haya cumplido con lo requerido para participar en un concurso y haya logrado quedar dentro de la lista de elegibles, se le debe respetar lo adquirido, pues acorde con el artículo 58 de la Constitución, el estar en la lista de elegibles no es una mera expectativa sino un derecho adquirido que entra a formar parte del patrimonio de la persona beneficiada; situación que el Estado no puede desconocer actuando arbitrariamente.

### 3.3 Efectos inter comunis de las sentencias de tutela

Por lo general, las sentencias de tutela tienen efectos inter partes, es decir, que sólo afectan las situaciones particulares de los sujetos que intervienen en el proceso. Sin embargo, la H. Corte Constitucional ha señalado que, excepcionalmente, basado en la necesidad de brindar un trato igualitario y uniforme que asegure el goce efectivo de los derechos fundamentales cuando la decisión del fallo de tutela afecta a personas que si bien no promovieron el amparo constitucional se ven afectadas por una situación de hecho o de derecho de una autoridad o de un particular, los efectos deberán ser inter comunis<sup>9</sup>.

En efecto, la Alta Corporación<sup>10</sup> señaló lo siguiente:

*“Con el fin de garantizar el derecho a la igualdad entre las personas a las que se les conculcan sus derechos fundamentales y acuden a la acción de tutela y aquellas que a pesar de encontrarse en la misma situación no tienen la calidad de accionantes, es preciso que la decisión del juez de tutela sea uniforme y tenga los mismos efectos para unos y otros. Así entonces, para dictar fallos con efectos inter comunis deben observarse los siguientes requisitos: (i) que la protección de los derechos fundamentales de los peticionarios atente o amenace con atentar contra los derechos fundamentales de los no tutelantes; (ii) que quienes no acudieron a la acción de tutela y los accionantes se encuentren en condiciones objetivas similares; y (iii) que con la adopción de este tipo de fallo se cumplan fines constitucionales relevantes tales como el goce efectivo de los derechos de la comunidad y el acceso a la tutela judicial efectiva.”<sup>11</sup>*

Incluso, con el propósito de salvaguardar la supremacía del orden superior la misma Corporación señaló que, por medio de los efectos inter comunis se podría incluso: *“... dejar sin valor decisiones judiciales adoptadas frente a ciertos problemas jurídicos específicos, para en su lugar: (i) reconocer prerrogativas a determinadas personas que previamente habían acudido ante las autoridades jurisdiccionales y habían recibido una respuesta negativa, o (ii) revocar derechos reconocidos a individuos que los habían obtenido en fallos expedidos dentro de otros procesos de tutela u ordinarios.”<sup>12</sup>*

### 3.4 Reglas del concurso convocado por el ICBF

<sup>9</sup> Sentencia del 18 de noviembre de 2019. Tribunal Contenciosos Administrativo del Valle del Cauca. Radicación. 76001333302120190023401

<sup>10</sup> Sentencia T-946 del 2011. M.P. María Victoria Calle Correa

<sup>11</sup> Sentencia T-088 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

<sup>12</sup> Sentencia SU-037 de 2019. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

### 3.4.1 Ley 909 de 2004

Expide normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y gerencia administrativa.

En su artículo 11, literal a), dispone que, dentro de las funciones de la CNSC, está el establecer los lineamientos generales que deben desarrollarse en los procesos de selección, mediante los cuales se busque proveer empleos de carrera administrativa.

Así mismo, en el literal e) del mismo artículo, se estipula que la CNSC, debe conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles, y en el literal f), que la misma entidad debe remitir a las entidades que hacen parte de determinada convocatoria, ya sea de oficio o a solicitud de aquellas, las listas de las personas con las cuales deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente.

### 3.4.2 Ley 1960 de 2019

Modifican la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998. Modificó la provisión de empleos, al disponer:

*“ARTÍCULO 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:*

*“ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:*

*1. (...)*

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

Estableciendo en su artículo 7º que esta ley rige a partir de su publicación -27 de junio de 2019-, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.

### 3.4.3 Acuerdo No. CNSC - 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016<sup>13</sup>

Convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF, en cuyo Capítulo VI regula lo concerniente a la Lista de Elegibles y en relación con su firmeza dispuso:

---

<sup>13</sup> Página web <https://grupogear.com/co/normatividad/convocatoria-433-icbf/acuerdo-cnsc-20161000001376-5-septiembre-2016/>

*“ARTÍCULO 62°. FIRMEZA DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES. La firmeza de la lista de elegibles se produce, cuando vencidos los cinco (5) días hábiles siguientes a su publicación en la página web [www.cnsc.gov.co](http://www.cnsc.gov.co) y/o enlace: SIMO a su equivalente, Convocatoria No. 433 de 2016 ICBF, no se haya recibido reclamación alguna ni solicitud de exclusión de la misma, en consonancia con lo previsto en el artículo 55° del presente Acuerdo, o cuando las reclamaciones interpuestas en términos hayan sido resueltas y la decisión adoptada se encuentre ejecutoriada.*

*Una vez en firme las listas de elegibles, la CNSC remitirá al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, los actos administrativos por medio de los cuales se conforman las listas de elegibles para los diferentes empleos convocados y los publicara en la página web [www.cnsc.gov.co](http://www.cnsc.gov.co) y/o enlace: SIMO o su equivalente, Convocatoria N°. 433 de 2016 ICBF, la cual constituye el medio oficial de publicación para todos los efectos legales.*

*PARÁGRAFO: Las listas de elegibles solo se utilizarán para proveer los empleos reportados en la OPEC de esta Convocatoria, con fundamento en lo señalado en el Decreto 1894 de 2012, mientras este se encuentre vigente.*

*ARTÍCULO 63°. RECOMPOSICIÓN DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES. Las listas de elegibles se recompondrán de manera automática, una vez los elegibles tomen posesión del empleo en estricto orden de mérito, o cuando estos no acepten el nombramiento o no se posesionen dentro de los términos legales, o sean excluidos de la lista con fundamento en lo señalado en los artículos 55° y 56° del presente Acuerdo.*

*ARTÍCULO 64°. VIGENCIA DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES. Las listas de elegibles tendrán una vigencia de dos (2) años a partir de su firmeza.”*

#### **3.4.4 Resolución No. CNSC 20182020051495 del 22 de mayo de 2018<sup>14</sup>,**

Mediante la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo con código OPEC No. 39147, denominado Profesional Especializado, código 2028, grado 15 del sistema general de carrera administrativa del ICBF ofertado en el marco de la convocatoria No. 433 de 2016. En ella, el accionante Andrés Mauricio Jaramillo Vallejo, ocupó el puesto 3.

#### **3.4.5 Decreto 1479 de 4 de septiembre de 2017<sup>15</sup>**

Mediante el cual se crearon 94 cargos de Profesional Especializado, Código 2028 Grado 15<sup>16</sup>, en cuyo artículo 6° estableció: “Los empleos que se crean en el presente decreto deberán proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004 y en las normas que la modifiquen adicionen, sustituyan o reglamenten”.

### **3.5 Caso concreto**

---

<sup>14</sup> Folios 22 a 24 del expediente

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> Artículo 2° Decreto 1479 de 2017

El señor Andrés Mauricio Jaramillo Vallejo acudió al ejercicio de la acción constitucional de tutela para obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos, que considera han sido vulnerados por las entidades accionadas al desconocer la lista de elegibles elaborada por y conformada por la CNSC, y no nombrarlo y posesionarlo en uno de los 94 cargos de carácter permanente creados mediante Decreto No. 1479 de 2017 posterior a la Convocatoria No. 433 de 2016 en el ICBF .

El ICBF en su contestación a esta acción constitucional, indicó que se publicó la lista de elegibles que adquirió firmeza el 6 de junio de 2018, y procedió al nombramiento en período de prueba de quien ocupó el primer puesto en la lista de elegibles.

En principio podría aducirse que no le asiste derecho al señor ANDRÉS MAURICIO JARAMILLO VALLEJO de ser nombrado y posesionado en el cargo de Profesional Especializado del ICBF, código 2028, grado 15, toda vez que el único empleo vacante y ofertado en la convocatoria, fue debidamente ocupado por la persona que tuvo mejor posición en la lista de elegibles, quedando el actor con una mera expectativa de ser nombrado en dicho cargo, máxime cuando solo existía una sola vacante.

Empero, el 27 de junio de 2019 se expidió la Ley 1960 que privilegia la carrera administrativa, teniendo como propósito principal *“dotar a las entidades y organismos del Estado de normas claras y homogéneas en cuanto a ascensos dentro de la carrera, la movilidad, el encargo y la capacitación, para bien de los empleados de carrera y de aquellos que tienen la responsabilidad de conducir y administrar este personal al interior de las organizaciones públicas”*.<sup>17</sup>

La norma en comento, en su artículo 6 modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, agregando que además de cubrir las vacantes para las cuales se efectuó el concurso, con la lista de elegibles, se cubrirán también las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1479 del 4 de septiembre de 2017 que suprimió 12 cargos de carácter temporal cuya denominación era Profesional Especializado, código 2028, grado 15 (art. 1 literal B) y creó 94 cargos con la misma denominación, código y grado, de carácter permanente (art. 2). Así mismo, determinó que dichos cargos debían proveerse siguiendo el procedimiento establecido en el

---

<sup>17</sup> Primer debate en la Cámara de Representantes el proyecto de ley de iniciativa gubernamental, que busca modificar la Ley 909 de 2004. Gaceta del Congreso ISS No. 123 – 9066. Gaceta del Congreso 289 jueves, 2 de mayo de 2019 Página 11

decreto ley 909 de 2004, cuando ya estaba vigente la modificación introducida por la Ley 1960 de 2019.

En concordancia con lo anterior, la CNSC el 16 de enero de 2020<sup>18</sup>, emitió el Criterio Unificado relacionado con el uso de las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, determinando que era procedente dar aplicación a la norma frente a las listas de elegibles que se habían aprobado antes de su expedición y que aún se encuentran vigentes.

*“De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas la que sean expedidas en el marco de los procesos de selección **aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019**, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC – de la respectiva convocatoria **y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos”** entiéndase, con igual denominación, códigos, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.”<sup>19</sup>*

En el caso bajo examen, se observa que la Convocatoria No. 433 de 2016, inició con el Acuerdo No. 20161000001376 de 2016, y culminó con la expedición de la Resolución No. CNSC-20182020051495 del 22 de mayo de 2018, mediante la cual se conformó la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 39147, denominado Profesional Especializado Código 2028, Grado 15, la que según su artículo quinto tiene una vigencia de 2 años contados a partir de la fecha de su firmeza, por lo que vence en junio del año que avanza. En el transcurso de su vigencia, puntualmente, el 27 de junio de 2019 se profirió la Ley 1960 que empezó a regir desde la misma fecha, por lo que es aplicable a la lista de elegibles antes mencionada, puesto que a través del Decreto 1479 del 4 de septiembre de 2017, se crearon 94 cargos con igual denominación, código y grado, y de los cuales algunos fueron creados en la misma ubicación geográfica, por lo que se cumple con los requisitos establecido en la referida normatividad y en tal sentido debe usarse dicha lista para proveer los antedichos cargos creados.

Si bien el ICBF argumenta que se encuentra adelantando las acciones tendientes a dar cumplimiento al criterio unificado proferido por la CNSC el pasado 16 de enero de 2020, reportando los empleos de carrera administrativa que se encuentran vacantes de forma definitiva, señala también que la entidad sólo podrá acceder de manera favorable a este tipo de solicitudes previa autorización por parte de la Comisión y una vez adelante el correspondiente estudio. A su turno, la CNSC señala que frente a la posibilidad de usar las listas de elegibles para proveer los empleos cuya vacancia definitiva surgió con

---

<sup>18</sup> Ver folio 59 del expediente

<sup>19</sup> <https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos>

posterioridad a la aprobación del Acuerdo de la convocatoria de su interés, dicha provisión podrá hacerse sólo para empleos iguales y previa solicitud expresa por parte del ICBF, quien además deberá apropiarse y cancelar el costo previsto para la utilización de las listas de elegibles, por lo que la entidad nominadora deberá elevar la respectiva solicitud mediante oficio dirigido a esa Comisión Nacional, previo reporte de dicha OPEC en SIMO, y a su vez, la CNSC procederá a verificar las listas vigentes de la Entidad, que cumplan con las características del empleo solicitado, con el fin de autorizar los nombramientos en periodos de prueba de los elegibles que por estricto orden de mérito les asiste derecho.

De acuerdo a lo anterior, no existe claridad si el ICBF ya empezó con el proceso para solicitar el uso de la lista de elegibles de que trata el presente asunto, y si la CNSC se encuentra también adelantando dicho trámite, pues de lo argumentado y las pruebas obrantes en el plenario, se puede establecer que aún no se ha dado cumplimiento a la normatividad antes indicada, por lo efectivamente se están vulnerando los derechos fundamentales de acceso a cargos públicos, trabajo e igualdad invocados por el accionante y los demás integrantes de la mencionada lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182020051495 de 22 de mayo de 2018.

Corolario a lo expuesto, se concederá el amparo constitucional deprecado por el actor, sin desconocer, en ninguna medida el derecho de la persona que ocupa el 2º puesto en la lista de elegibles tantas veces referenciada.

En tal sentido, el Despacho considera que, todas las personas que hacen parte de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182020051495 de 22 de mayo de 2018, para el empleo identificado con el Código OPEC No. 39147, denominado Profesional Especializado, Código 2028, Grado 15, ofertado en el marco de la Convocatoria 433 de 2016-ICBF, se encuentran bajo las mismas situaciones fácticas y jurídicas que el accionante Andrés Mauricio Jaramillo Vallejo. Por ello, y en aras de proteger los derechos aquellos participantes, es imperativo proferir un fallo con efectos *inter comunis*, que proteja los derechos fundamentales de todos los integrantes de la lista. Sin embargo, es acertado precisar que el artículo 61 del Acuerdo No. CNSC-20161000001376 del 05 de septiembre de 2016<sup>20</sup>, reglamentario de la convocatoria No. 433 del 2016, estableció como únicas modificaciones posibles a la lista de elegibles, aquellas que obedecieran a errores aritméticos en la sumatoria de puntajes, o como producto de correcciones en los resultados, datos o reclamaciones. Situaciones que no se presentan en este asunto, por ello, las personas

---

<sup>20</sup> Página web <https://grupoguard.com/co/normatividad/convocatoria-433-icbf/acuerdo-cnsc-20161000001376-5-septiembre-2016/>

que hacen parte de la lista de elegibles y que ostentan mejor posición que el accionante, no podrán ser afectadas.

En consecuencia, se ordenará al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR que dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, reporte las vacantes de la OPEC correspondiente o actualice la existente en el sistema SIMO y solicite ante la CNSC el uso de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182020051495 de 22 de mayo de 2018, para el empleo identificado con el Código OPEC No. 39147, denominado Profesional Especializado, Código 2028, Grado 15, ofertado en el marco de la Convocatoria 433 de 2016-ICBF, con el fin de proveer las vacantes definitivas existentes en la entidad que corresponden a los mismos empleos, incluyendo las creadas mediante Decreto 1479 de 2017.

De igual manera, se ordenará a la COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL que en el momento en que el ICBF solicite el uso de la lista de elegibles antes mencionada, previa verificación y conformación de la misma, emita su correspondiente autorización y proceda a remitir la lista de elegibles a dicha entidad, cuyo proceso no podrá exceder el término de un mes contado partir del cumplimiento de los cinco (5) días antes otorgados.

Finalmente, se ordenará al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR que en el término de cinco (5) días contados a partir del recibo de la lista de elegibles enviada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, efectúe los trámites administrativos necesarios para el nombramiento y posesión en periodo de prueba de los integrantes de la lista en estricto orden de mérito.

### **DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE PASTO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO.- TUTELAR** los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos del señor ANDRÉS MAURICIO JARAMILLO VALLEJO, y de todos los integrantes de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182020051495 del 22 de mayo de 2018, protección que se registra frente a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el INSTITUTO COLOMBIANO DE

BIENESTAR FAMILIAR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.- En consecuencia,** se emiten las siguientes **ÓRDENES** a las entidades accionadas:

- 1. Al Director y/o Representante legal o quien tenga facultad de cumplir lo decidido del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR,** que dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, reporte las vacantes de la OPEC correspondiente o actualice la existente en el sistema SIMO, y solicite ante la CNSC el uso de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182020051495 del 22 de mayo de 2018 para el empleo identificado con el Código OPEC No. 39147, denominado Profesional Especializado, Código 2028, Grado 15, ofertado en el marco de la Convocatoria 433 de 2016-ICBF; con el fin de proveer las vacantes definitivas existentes en la entidad que corresponden a los mismos empleos, incluyendo las creadas mediante Decreto 1479 de 2017.
- 2. Al Director y/o Representante legal o quien tenga facultad de cumplir lo decidido de la COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL,** que en el momento en que el ICBF solicite el uso de la lista de elegibles mencionada en el numeral anterior, previa verificación y conformación de la misma, emita su correspondiente autorización y proceda a remitir la lista de elegibles a dicha entidad. Este proceso no podrá exceder el término de un (1) mes contado partir del cumplimiento de los cinco (5) días otorgados en el numeral anterior.
- 3. Al Director y/o Representante legal o quien tenga facultad de cumplir lo decidido del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** que en el término de cinco (5) días contados a partir del recibo de la lista de elegibles remitida por la *Comisión Nacional del Servicio Civil*, efectúe los trámites administrativos necesarios para el nombramiento y posesión en periodo de prueba de los integrantes de la lista en estricto orden de mérito.

**TERCERO.-** La presente decisión tiene efectos *inter comunis* para todas aquellas personas que conforman la lista de elegibles contenida en la Resolución No. CNSC-20182020051495 del 22 de mayo de 2018.

**CUARTO.- NEGAR** la solicitud de coadyuvancia presentada por el señor *Manuel Orlando Mena Zapata*, por la razón expuesta en la parte motiva de ésta sentencia.

**QUINTO.-** Contra esta providencia procede el recurso de impugnación ante el inmediato superior, que debe interponerse en el término de tres (3) días siguientes a su notificación.

**SEXTO.-** En firme la sentencia, remítase el expediente ante la Honorable Corte Constitucional en Santafé de Bogotá D. C., para su eventual revisión.

**COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**(Original firmado)**  
**ADRIANA LUCÍA CHAVES ORTIZ**  
Juez Séptima Administrativa

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

REF. IMPUGNACIÓN (ACCIÓN DE TUTELA)  
ACCIONANTE: CARMENZA MESA MUÑOZ  
ACCIONADOS: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC e INSTITUTO  
COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF

RAD. 760013105 006 2020 00149 02

**AUDIENCIA NÚMERO 135 C-19**

En Cali, a los veintitrés (23) días del mes de junio del año dos mil veinte (2020), la Magistrada **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**, se constituyó en audiencia virtual (*bajo las condiciones de aislamiento obligatorio o cuarentena dispuesta por el D.L. 749 del 28-05-2020*) y, en consenso con los magistrados LUIS GABRIEL MORENO LOVERA y CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ, con quienes integra la Sala Cuarta de Decisión, procediendo a proferir la siguiente,

**SENTENCIA NÚMERO No. 122 C-19**

La señora **CARMENZA MESA MUÑOZ**, actuando en nombre propio, promovió querrela constitucional en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC y del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, a fin de que se le protejan sus derechos fundamentales de petición, igualdad, trabajo, debido proceso y acceso a cargos públicos, los cuales considera están siendo vulnerados al no obtener una respuesta de fondo a los derechos de petición donde solicita se dé cumplimiento a los artículos 6º y 7º de la Ley 1960 de 2019, así como del criterio unificado “*uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019*” proferido el 16 de enero de 2020 por la Sala Plena de la CNSC.

**FUNDAMENTOS FÁCTICOS**

Señaló la accionante que, la CNSC mediante Acuerdo No 20161000001376 del 05-09-2016, convocó a concurso de méritos para proveer los empleos vacantes pertenecientes al Sistema de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF -Convocatoria No 433 de 2016-, la que tiene como fundamento el artículo 31º de la Ley 909 de 2004, y a la que se inscribió para optar por una

vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 39529, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 11, ubicada en la ciudad de Ibagué – (Tolima).

Que posterior a la publicación del citado acuerdo, el Gobierno Nacional por intermedio del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social expidió el Decreto 1479 de 2017 *“Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras” y se dictan otras disposiciones.”*, creando como cargo permanente, el de Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11.

Agrega que, en virtud del artículo 4° del Decreto 1479 de 2017, el ICBF expidió la Resolución 7746 del 05 de septiembre de 2017, donde se distribuyen 3.737 cargos en la planta global del ICBF, incluidos los de Profesional Universitario Código 2044, Grado 11, así: Cundinamarca 1, Dirección General 9, aclarando que las vacantes creadas en virtud del citado decreto, no fueron parte de las vacantes ofertadas por el Acuerdo No 20161000001376 del 05-09-2016, en razón a que, en esa fecha la convocatoria se regía por la Ley 909 de 2004.

Que una vez aprobó las etapas de convocatoria, inscripciones, verificación de requisitos mínimos y aplicación de pruebas, la CNSC publicó a través de la página web del Banco Nacional de Listas de Elegibles (BNLE), la Resolución No. CNSC – 20182020074775 del 18-07-2018, *“Por la cual se conforma la lista de elegibles **para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 39529**, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 11, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016 – ICBF”*, en la que la tutelante, ocupaba la posición 3, con 69,60 de puntaje.

Refiere que, el artículo 4 de su lista de elegibles, establecía que *“Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo, dichas listas serán utilizadas para proveer las*

*nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados”,* misma que, se publicó en la página web del Banco Nacional de Listas de Elegibles el 23 de julio de 2018 y quedó en firme el 31 de julio de ese año, y que conforme al artículo 64 del Acuerdo 20161000001376 de 2016, tiene una vigencia de 2 años hasta el 30 de julio de 2020.

Que por llamada telefónica al ICBF, le fue confirmado que se nombró y posesionó en periodo de prueba en el cargo de carrera administrativa de la planta global de dicha entidad, identificado con el código OPEC 39529, ubicado en el municipio de Tolima de la Regional Valle del Cauca, a la señora SOLANGE ALVIS RUEDA, en el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 2044, Grado 11, y que, con base en el uso de su lista de elegibles, conforme al artículo 63 del acuerdo en mención, por recomposición de listas, pasó a ocupar el segundo lugar.

Señala que, la CNSC expidió el 22 de noviembre de 2018 la Resolución 20182230156785, la cual en su artículo 1° dispuso revocar el artículo 4 de 1187 listas de elegibles, entre las cuales se encuentra la suya y, que el 04 de diciembre de 2018 se expidió la Resolución 20182230162005, que declaró desierto el concurso respecto de 5 vacantes, incluida a la que se postuló dentro de la Convocatoria 433 de 2016, lo que impidió que el ICBF pudiese usar su lista para proveer una de las vacantes desiertas y, en consecuencia, las mismas están ocupadas por planta de personal provisional, vulnerándose así el principio del mérito como elemento principal para la provisión de cargos.

Indica que el 27 de junio de 2019, el Congreso expidió la Ley 1960, que modifica el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, de la siguiente forma: *“El Proceso de Selección comprende: (...) 4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.”*, y que el 01 de agosto de 2019, la Sala Plena de la CNSC, expidió Criterio Unificado de *“Listas de elegibles en el contexto de la*

*Ley 1960 del 27 de junio de 2017*”, donde se adoptó que “*Las listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la Ley 1960, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria*” y que “*los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la Ley 1960 de 2019, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas las reglas previstas para las listas de elegibles*”, posición última respecto de la cual, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, mediante fallo de segunda instancia del 18 de noviembre de 2019, de radicado 76 001 33 33 021 2019-00234, tuteló los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la señora Jessica Lorena Reyes Contreras, ordenando inaplicar por inconstitucional el “*Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019*”, y que la CNSC ofertará los 49 cargos de Profesional Universitario Código 2044, Grado 8 creados mediante el decreto 1479 de 2017 para el ICBF, con el fin de que quienes conforman la lista de elegibles opten, además de elaborar la conformación de la lista de elegibles, la que una vez recibida por la CNSC debería nombrar a los aspirantes en estricto orden de mérito, sentencia que quedó en firme y actualmente está ejecutándose la orden expedida por parte de CNSC y a la espera del cumplimiento de dicho fallo de parte de ICBF.

El día 16 de enero de 2020, la Sala Plena de la CNSC, aprobó el Criterio Unificado “*USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019*”, donde se estableció que, las listas conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" entendiéndose, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes.

Que las peticiones elevadas a la CNSC y al ICBF, tienen como finalidad lograr que ambas entidades, en virtud de lo ordenado por el artículo 6º de la

Ley 1960 de 2019, así como del Criterio Unificado expedido por la Sala Plena de la CNSC, de manera conjunta realicen acciones administrativas para que se provean bajo el principio del mérito, las vacantes definitivas creadas disponibles Código 2044 Grado 11 con la lista de elegibles de la accionante, Resolución No. CNSC – 20182020074755 del 18-07-2018; sin embargo, hasta la fecha no ha recibido respuesta ni se ha publicado y/o notificado la manera en como darán cumplimiento a lo ordenado por dicha norma, así como de lo descrito por el Criterio Unificado de la CNSC.

Que el 25 de febrero de los corrientes, el ICBF dio respuesta bajo número de radicado 202012100000048581, en la que se hace mención a que una vez se identifiquen las vacantes, se debe reportar la OPEC o actualizar la existente, en el aplicativo SIMO de conformidad con lo expuesto en la Circular Conjunta No, 2019000000157 del 29 de julio de 2019, en donde la CNSC estableció los lineamientos frente a la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, en relación con la vigencia de la ley - procesos de selección, informe de las vacantes definitivas y encargos, resaltando que la Circular en mención no versa en ningún acápite de su texto, respecto de la aplicación del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, razón por la cual es cuestionable el actuar de CNSC e ICBF, en aras de dar aplicación al citado acto administrativo, máxime cuando el Acuerdo de la Convocatoria, así como las listas de elegibles, el Acuerdo 562 de 2016, establece los procedimientos a realizarse de parte de las entidades públicas, para proveer vacantes mediante el uso de listas de elegibles vigentes y no es comprensible que a esta altura del proceso de selección de la Convocatoria 433 de 2016, las accionadas creen nuevos procedimientos que no están contemplados en el ordenamiento jurídico, vulnerándose de forma grave los principios de eficiencia y eficacia.

Señala que, el artículo 2 del Decreto 1479 de 2017 creó para ICBF un total de diez (10) cargos Código 2044 Grado 11, sin que a la fecha las vacantes hayan sido provistas mediante el uso de listas de elegibles expedidas en virtud de la Convocatoria 433 de 2016, y su lista de elegibles, reitera, perderá vigencia el 30 de julio de 2020. Precisa que, contrario a lo manifestado por

las entidades en las respuestas a peticiones elevadas por otros elegibles en la Convocatoria 433 de 2016, ellas no muestran ningún actuar o expiden alguna publicación que permita entrever a los elegibles, que de manera conjunta darán efectivo cumplimiento a lo dispuesto por la precitada norma.

Agrega que el 03 de marzo de 2020, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto, mediante fallo de tutela de primera instancia, concedió la protección de los derechos fundamentales de la elegible AURA MAGOLA MONTENEGRO BENAVIDES, quien forma parte de la Convocatoria 433 de 2016 –ICBF, actualmente inscrita de elegibles, ordenando tutelar los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la citada, y de todos los integrantes de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182230073625, frente a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL “CNSC” y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR “ICBF”, para que reportaran las vacantes de la OPEC, y solicitara ante la CNSC el uso de la lista de elegibles conformada en la referida resolución, para el empleo identificado con el Código OPEC No. 34735, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, ofertado en el marco de la Convocatoria 433 de 2016 –ICBF, entre otros asuntos.

Culmina indicando que, ante la omisión de las accionadas, se encuentra ante un perjuicio irremediable, debido a que, el tiempo para que su lista de elegibles pierda vigencia es de solo cuatro (4) meses, tiempo en el cual debe esperar a que las entidades realicen diversas actuaciones administrativas, pese a que no cuentan con ningún cronograma de actividades, donde pueda tener certeza absoluta sobre su gestión, máxime que, no es dable acreditar que ostenta una situación jurídica consolidada o consumada bajo la vigencia de una ley anterior. Cita como soporte jurisprudencial la Sentencia T-455 del 2000 de la Corte Constitucional.

### **ANTECEDENTES**

Esta Corporación mediante auto 322 C-19 del 04 de mayo de 2020, dispuso “DECLARAR la NULIDAD de lo actuado a partir del auto 621 del 31 de marzo de 2020

*proferido por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, mediante el cual dispuso asumir el conocimiento de la acción de tutela, dejando a salvo las pruebas aportadas, las que gozan de eficacia frente a quienes tuvieron la oportunidad de contradecirlas, en los términos del artículo 138 del CGP”, a efecto de que, se vinculara a la acción a las personas que ostentan en provisionalidad el cargo que pretende la hoy accionante CARMENZA MESA MUÑOZ (Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11) como terceros interesados, además a quienes integran la Lista de Elegibles de la cual hacer parte la citada tutelante.*

El Juzgado de conocimiento, por auto 634 del 05 de mayo de los corrientes, dispuso obedecer y cumplir lo resuelto por esta Sala, vinculando a la acción “*a las personas que ostentan en provisionalidad el cargo que aspira ocupar la hoy accionante CARMENZA MESA MUÑOZ (Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11) como terceros interesados...*” y, ordenó al ICBF que, pusieran “*en conocimiento a través de su página web oficial la admisión de esta tutela a las personas que conforman la lista de elegibles y a las personas que ostentan en provisionalidad el cargo que aspira ocupar la hoy accionante...*” como terceros interesados, para que ejercieran su derecho de contradicción.

Cumplido el respectivo trámite, informa la juez de tutela que el ICBF anexó prueba de la publicación del referido auto 634 del 05 de mayo de 2020 en su página web y, de la acción de tutela de radicación 2020-00149 propuesta por CARMENZA MESA MUÑOZ, lo que se puede consultar en el siguiente [link: https://www.icbf.gov.co/notificaciones-fallos-de-tutela](https://www.icbf.gov.co/notificaciones-fallos-de-tutela), aspecto frente al cual solo se pronunció la señora SOLANGE ALVIS RUEDA –*persona que ocupaba el primer lugar en la lista de elegibles de la OPEC 39529 denominada PROFESIONAL UNIVERSITARIO, código 2044, grado 11 del sistema general de carrera administrativa del ICBF, convocatoria No.433 de 2016-ICBF-*, y quien indicó que no era su intención de pronunciarse frente a los hechos de la tutela, teniendo en cuenta que en la lista de elegibles en mención ocupó el primer lugar y se posesionó en el cargo desde el 06 de septiembre de 2018, ostentando en la actualidad cargo de carrera administrativa en el centro zonal Jordán de la ciudad de Ibagué.

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió al Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali el conocimiento de la presente acción, quien mediante **sentencia 104 del 14 de mayo de 2020**, dispuso:

*“...Primero. - NO TUTELAR los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad, debido proceso, el acceso a cargos públicos y petición, cuya vulneración alega la señora CARMENZA MESA MUÑOZ, con C.C.38.250.951 de Ibagué (Tolima), por lo expuesto.*

*Segundo. - NOTIFICAR en forma personal o por el medio más eficaz, lo resuelto a las partes interesadas y a los vinculados.*

*Tercero. - ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF) que en el término de 24 horas a la notificación de esta providencia ponga en conocimiento a través de su página web oficial esta sentencia a las personas que conforman la lista de elegibles, y a las personas que ostentan en provisionalidad el cargo que aspira ocupar la hoy Accionante CARMENZA MESA MUÑOZ (Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11) como terceros interesados, y una vez efectuado el trámite debe allegar al Despacho de manera inmediata la prueba de dicha publicación.*

*Cuarto. - ADVERTIR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF), a la CNSC y a las personas vinculadas en este proveído que, en atención a las medidas adoptadas con ocasión de la emergencia causada por el COVID-19, debe privilegiar el uso del correo electrónico y las herramientas tecnológicas disponibles, de preferencia institucionales, conforme al Decreto 491 de 2020 expedido por el Gobierno Nacional...”*

Lo anterior, tras concluir que, hasta la fecha, ni la CNSC ni el ICBF han vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a cargos públicos cuya protección se invoca, puesto que aún no se ha nombrado a otra persona en un cargo de igual rango, como tampoco se vulnera el derecho de petición, toda vez que, las accionadas han dado respuesta a las peticiones incoadas por la accionante.

## LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión la accionante la impugnó oportunamente, solicitando se revise por carecer de las condiciones necesarias a la sentencia congruente, teniendo en cuenta que: “a) No se ajusta a los hechos antecedentes que motivaron la tutela ni al derecho impetrado, por error de hecho y de derecho, en el examen y consideración de mi petición; b) Se niega a cumplir el mandato legal de garantizarme el pleno goce del derecho, como lo establece la ley 1690 de 2019; c) Se funda en consideraciones inexactas cuando no totalmente erróneas; d) Incurre el

8

*fallador en error esencial de derecho, especialmente respecto del ejercicio de la acción de tutela, que resulta inane a mis pretensiones, por errónea interpretación de sus principios.”*

Refiere la impugnante que, se vulnera su derecho a la igualdad y acatamiento del precedente jurisprudencial vertical -sentencia SU/345 de 2017-, en tanto que, la decisión es contraria a la proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca respecto de un asunto con los mismos elementos fácticos y jurídicos, en la que se concedió en favor de Jessica Lorena Reyes Contreras, la tutela de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo, y acceso a cargos públicos, vulnerados por la CNSC y el ICBF, agregando que en este caso, no se analizó de fondo el asunto, ni las circunstancias concretas que resaltan de la ejecución de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF, de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 y del derecho fundamental del acceso a cargos públicos.

Que, si bien la Sala Plena de la CNSC expidió “Criterio Unificado” respecto de las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, disponiendo que las listas expedidas y las que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019 -promulgación de la Ley 1960-, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria, que es su caso, lo cierto es que, actualmente ocupa el segundo lugar de la lista publicada mediante Resolución CNSC – 20182020074775 del 18-07-2018 y, en cuanto a que la respuesta de la CNSC no hace alusión al artículo 6º de la Ley 1960 de 2019 (objeto de la acción de tutela), es preciso resaltar que dicha entidad expuso que el 16 de enero de 2020 la Comisión expidió el referido criterio unificado.

Que teniendo en cuenta la postura adoptada por la A quo, se evidencia que no hubo realmente un estudio de fondo en relación con el asunto que suscita la protección constitucional requerida, dado que lo solicitado a las entidades demandadas, es que den inmediato cumplimiento a lo ordenado por los artículos 6º y 7º de la Ley 1960 de 2019, en las que se observa que, se deben cubrir las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso de la misma

9

entidad, frente a las cuales, se probó que el Decreto 1479 de 2017, creó nuevas vacantes definitivas en el ICBF, para el Código 2044, Grado 11, un total 10 cargos, los cuales surgieron con posterioridad a la expedición del Acuerdo de Convocatoria que rige el proceso de selección de personal.

Argumenta además que, conforme al Criterio Unificado del “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019”, la CNSC establece que, se deben cubrir las nuevas vacantes que se generen con posterioridad, que correspondan a los MISMOS EMPLEOS, y que en consecuencia, existen dos normas que avalan el uso de su lista de elegibles para proveer las doce vacantes Código 2044 Grado 11, creadas por el Decreto 1479 de 2017 y son estas disposiciones, las cuales requieren de la intervención del juez de tutela, dado a que perderá vigencia el 30 de julio de 2020.

Concluye indicando que, no es dable que el juez de primera instancia se limite a manifestar que las entidades ya están adelantando las acciones necesarias para proveer las vacantes creadas por el Decreto 1479 de 2017, máxime cuando en el expediente no obra prueba alguna que permita inferir que ICBF solicitó la autorización del uso de su lista de elegibles a la CNSC, y esta última no ha manifestado el inicio del trámite para dar autorización de uso de la misma, y por ello, no es entendible la justificación del ICBF respecto del presunto actuar en aras de dar cumplimiento a las normas previamente citadas, teniendo en cuenta de que, las listas de elegibles expedidas en el marco de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF están próximas a vencer.

Por lo tanto, considera urgente la intervención del juez de tutela en segunda instancia, a fin de que ordene a las entidades que, de manera pronta realice los nombramientos respecto de las nuevas vacantes creadas, mediante el uso de listas de elegibles, en un tiempo anterior a la pérdida de vigencia de las mismas, para que se dé uso de la lista de elegibles en mención, so pena de perder definitivamente su derecho a optar por una de las 10 vacantes Código 2044 Grado 11 creadas por el Decreto 1479 de 2019, reiterando que, se requieren de acciones urgentes de parte del operador de justicia, para

10

que CNSC e ICBF realicen labores conjuntas y de manera pronta, en aras de garantizar la provisión de vacantes nuevas mediante el uso de listas de elegibles. Como soporte, cita varias decisiones proferidas por Despachos judiciales en acciones de tutela.

## **DECISIÓN**

Cumplidos los trámites constitucionales de la acción de tutela, es preciso entrar a decidir previas las siguientes,

## **CONSIDERACIONES**

En el caso de autos se tiene que, lo pretendido en sede constitucional por la señora CARMENZA MESA MUÑOZ es, concretamente, el amparo de sus derechos fundamentales, de petición, igualdad, trabajo, debido proceso y acceso a cargos públicos, los cuales considera están siendo vulnerados al no obtener una respuesta de fondo a los derechos de petición donde solicita se dé cumplimiento a los artículos 6º y 7º de la Ley 1960 de 2019, así como del criterio unificado “*uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019*” proferido el 16 de enero de 2020 por la Sala Plena de la CNSC.

### **Problema jurídico.**

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si, con el actuar u omisión de las entidades accionadas, se vulneran los derechos fundamentales de la tutelante, y en caso afirmativo, si es viable impartir las órdenes que pretende con la acción constitucional.

### **Normatividad y jurisprudencia aplicable.**

El artículo 125 de la Constitución Política de Colombia establece que, salvo las excepciones allí contempladas, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, los cargos serán provistos por concurso público, y el ingreso y ascenso se hará previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

Por su parte, la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004, por la cual se expidieron normas reguladoras del empleo público y la carrera administrativa, define ésta como *“un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público”*, para cuya finalidad *“el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad sin discriminación alguna”* -artículo 27 ib.-.

Posterior a ello, surgió la Ley 1960 del 27 de julio de 2019, por medio de la cual se modifica la Ley 909 de 2004 y se dictan otras disposiciones, y en lo que interesa a este asunto, en sus artículos 6° y 7°, estableció:

**“ARTÍCULO 6°.** *El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:*

*“Artículo 31. El Proceso de Selección comprende:*

*(...)*

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

**ARTÍCULO 7°.** *La presente ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.”*

### **Procedencia de la acción de tutela.**

Conforme al artículo 86 de la Carta Política y como lo ha reiterado la jurisprudencia, se tiene que, la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, al que se puede recurrir ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de los derechos invocados o cuando existiendo, se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En consecuencia, si existieren otras instancias judiciales eficaces y expeditas para alcanzar la protección de lo que se reclama, el interesado(a) debe acudir a ellas, antes de pretender el amparo por vía

12

constitucional, en otras palabras, la subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles, pues la tutela no puede desplazar los mecanismos ordinarios.

Así pues, la acción de tutela se tiene que procede **(i)** cuando no existan otros medios de defensa judicial, **(ii)** cuando existiendo éstos no fueren eficaces para salvaguardar los derechos fundamentales, o **(iii)** cuando no lo fueren para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Sobre la procedibilidad de la acción de tutela, en casos como el examinado, donde están de por medio circunstancias surgidas en un concurso de méritos, en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha señalado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de otros mecanismos como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al considerar que ésta no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos.

Al respecto, la Alta Corporación Constitucional en Sentencia T-315 de 1998 la Corte, indicó:

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

Así mismo, resaltó la Corporación en **Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002** que:

*“... existe una clara línea jurisprudencial según la cual **la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución.** Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. **Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos.**”*

Y en similares circunstancias, en Sentencia SU-913 de 2009, concluyó que si bien, pueden existir otros mecanismos judiciales, estos deben ser eficaces y conducentes para, excluir al mecanismo de tutela en la protección de derechos en materia de concurso de méritos. De lo contrario, al tener que acudir a un proceso ordinario o contencioso administrativo, se estaría obligando a soportar la vulneración de derechos que requieren atención inmediata.

Conforme a la jurisprudencia en cita, se concluye que la acción de tutela es un mecanismo eficaz e idóneo para controvertir asuntos referentes a la provisión de cargos de carrera, ello conforme a los resultados publicados en las listas de elegibles por los concursos de mérito, por cuanto, se pretenden garantizar no solo los derechos a la igualdad y al debido proceso, invocados por la hoy impugnante, sino además la debida aplicación del artículo 125 de la Constitución Política.

Así las cosas, pese a que existen mecanismos judiciales ordinarios para que la accionante pueda proteger los derechos que alega se encuentran conculcados, como lo sería una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, para esta Sala, el amparo constitucional hoy deprecado cumple con el requisito de subsidiariedad, pues el medio de control legal ante la Jurisdicción Contenciosa, no le ofrecería a la tutelante una protección oportuna de sus derechos al trabajo, al debido proceso y acceso a los cargos

públicos, bajo la óptica que la lista de elegibles de la cual hace parte, tiene una vigencia hasta el 30 de julio de 2020, es decir esta próxima a vencerse como se invoca en el escrito de tutela, y en tales circunstancias, someterse a una demanda judicial, considerando los términos que se manejan y etapas del proceso, además de la congestión actual de los Despachos Judiciales, le acarrearía un perjuicio irremediable, y como se pasará a exponer a continuación, de acuerdo con los informes rendidos por el ICBF y la CNSC, los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos por la actora y que cimientan sus pretensiones no se encuentra en controversia, sino que este amparo se presenta para ordenar a las accionadas una actuación ágil, eficaz y diligente frente a los procedimientos legales que deben cumplir frente a lo peticionado. En conclusión, someter a la accionante a acudir a un proceso judicial, bajo los anteriores supuestos, no resulta razonable ni proporcional.

#### **Caso en concreto.**

Adentrándonos en el caso en concreto, se tiene que la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Acuerdo No 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -**Convocatoria No 433 de 2016**-, misma que, en su artículo 6° dispuso: *“NORMAS QUE RIGEN EL CONCURSO ABIERTO DE MÉRITOS. El proceso de selección por méritos, que se convoca mediante el presente Acuerdo, se regirá de manera especial, por lo establecido en la ley 909 de 2004, sus decretos reglamentarios, Decreto 760 de 2005, Decreto 1083 de 2015, Ley 1033 de 2006, lo dispuesto en el presente Acuerdo y por las demás normas concordantes.”*

Se acreditó en el plenario que, la hoy accionante, señora CARMENZA MESA MUÑOZ, se inscribió a la citada convocatoria para optar por una vacante del empleo identificado con el Código OPEC 39529, denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, ubicada en la ciudad de Ibagué – Tolima, y una vez aprobó las etapas

correspondientes, fue expedida por la CNSC la Resolución CNSC 20182020074775 del 18 de julio de 2018, en la que se conformó la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del citado cargo, así:

Posición	Documento	Nombre	Puntaje
1	28541815	SOLANGE ALVIS RUEDA	73.03
2	38253933	ANA MARÍA CAICEDO GÓMEZ	70.42
3	38250951	CARMENZA MESA MUÑOZ	69.60

Frente a la firmeza de la citada lista de elegibles, el artículo 62 del mentado Acuerdo 20161000001376 de 2016, estableció lo siguiente:

*“FIRMEZA DE LA LISTA DE ELEGIBLES. La firmeza de las listas de elegibles se produce, cuando vencidos los cinco (5) días hábiles siguientes a su publicación en la página web [www.consc.gov.co](http://www.consc.gov.co) y/o enlace SIMO su equivalente, Convocatoria No 433 de 2016 ICBF, no se haya recibido reclamación alguna ni solicitud de exclusión de la misma, en consonancia con lo previsto en el artículo 55° del presente Acuerdo o cuando las reclamaciones interpuestas en términos hayan sido resueltas y la decisión adoptada se encuentre ejecutoriada.*

*Una vez en firme las listas de elegibles, la CNSC remitirá al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, los actos administrativos por medio de los cuales se conforman las listas de elegibles para los diferentes empleos convocados y los publicara en la página web [www.consc.gov.co](http://www.consc.gov.co) y/o enlace: SIMO o su equivalente, Convocatoria No 433 de 2016 ICBF, la cual constituye el medio oficial de publicación para todos los efectos legales.*

*PARÁGRAFO: Las listas de elegibles solo se utilizarán para proveer los empleos reportados en la OPEC de esta Convocatoria, con fundamento en lo señalado en el Decreto 1894 de 2012, mientras este se encuentre vigente.”*

Y en cuanto a la vigencia de la misma, el artículo 64 ibídem, previó que sería de “dos (2) años a partir de su firmeza”, término que igualmente es establecido por el artículo 5° de la Resolución CNSC 20182020074775 de 2018, al señalar que: “La Lista de Elegibles conformada a través del presente Acto Administrativo tendrá una vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su firmeza, conforme a lo establecido en el artículo 64 del Acuerdo No. 20161000001376 de 2016, en concordancia con el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.”. Así las cosas, conforme se informa en el expediente y se acredita en la página web del Banco Nacional de Listas de Elegibles, la lista de elegibles en mención tendrá firmeza hasta el **30 de julio de 2020**.

Como bien se acredita con los documentos aportados, y lo ratifica la vinculada al presente trámite, en el cargo de Profesional Universitario Código

16

2044, Grado 11, identificado con el código OPEC 39529, se nombró a la señora SOLANGE ALVIS RUEDA por Resolución 10595 del 17 de agosto de 2018-, con base en la lista de elegibles prevista en la Resolución CNSC 20182020074775 de 2018, misma que se posesionó en periodo de prueba en el cargo de carrera administrativa de la planta global de dicha entidad el día 06 de septiembre de 2018 –ver acta de posesión aportada-.

Posteriormente, la CNSC expidió la Resolución CNSC – 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 *“Por la cual se revoca el artículo cuatro de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria 443 de 2016 – ICBF”*, la cual dispuso en su artículo 1º: *“revocar la disposición contenida en el cuarto de los siguientes actos administrativos:...”*, entre los que se cita la Resolución CNSC – 20182020074775 del 18 de julio de 2018, que conformó la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 39529, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 11, de la cual hacía parte la hoy tutelante.

Y a través de la Resolución CNSC – 20182230162005 del 04 de diciembre de 2018, la Entidad declaró desierto el concurso para algunas vacantes ofertadas en el marco de la convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF, incluyendo 5 vacantes respecto del código 2044, grado 11, al que postuló la accionante dentro de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF, situaciones que impidieron que, el ICBF pudiese usar la lista de elegibles de la cual hace parte la actora para proveer una de las vacantes desiertas, mismas que actualmente están ocupadas por planta de personal de carácter provisional, aspecto frente al cual se duele la impugnante.

Frente a este aspecto, cabe resaltar que la CNSC en su concepto unificado respecto de las modificaciones integradas por la Ley 1960 de 2019 al numeral 4º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, indicó que *“(...) De conformidad con lo expuesto, las listas de legibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección **aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2017, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera***

**–OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósitos, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número OPEC.”**

Dicho lo anterior, y verificados los documentos aportados al trámite, se advierte que la hoy accionante presentó derechos de petición los días 12 y 13 de febrero de 2020 ante la CNSC e ICBF –con constancias de recibido-, respectivamente, en los que solicitaba:

*“1. Se me informe la situación jurídica de cada una de las 10 vacantes Código 2044 Grado 11, creadas en virtud del Decreto 1479 de 2017, distribuidas por la Resolución 7746 de 2017, donde se me mencione lo siguiente:*

*a. Denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y grupo de aspirantes y*

*b. Si a la fecha, están provistas por algún funcionario y bajo que modalidad esta provista cada cargo (carrera, encargo, provisionalidad, no provista u otros).*

*2. Se me mencione la cantidad de vacantes totales, permanentes y que estén siendo ocupadas en provisionalidad y/o encargo a la fecha de hoy, en el empleo denominando PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 2044 Grado 11 Código OPEC 39924 en todas las Regionales de Tolima, así como las del resto del país.*

*3. Respecto de las siguientes vacantes:*

Empleo OPEC No	DENOMINACIÓN	CÓDIGO	GRADO	VACANTES	VACANTES DESIERTAS
39517	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	1	1
39518	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	1	1
39519	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	1	1
39597	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	1	1
39604	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	1	1

*Se me mencione la situación jurídica actual las vacantes Código 2044 Grado 11, que quedaron desiertas en virtud de la Convocatoria 433 de 2016, donde se exprese:*

*a. Denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones y ubicación geográfica.*

*b. Si a la fecha, están provistas por algún funcionario y bajo que modalidad esta provista cada cargo (carrera, encargo, provisionalidad, no provista u otros).*

*4. Con lo anterior solicito a CNSC e ICBF, en aplicación de la Ley 1960 de 2019 y con base en el derecho fundamental a igualdad, citando el fallo de tutela de segunda instancia expedido por el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA, mediante número de radicado 76 001 33 33 021 2019-00234-01, interpuesto por la elegible JESSICA LORENA REYES CONTRERAS, que ambas entidades de manera conjunta realicen los actos tendientes para que provean las 10 vacantes Código 2044 Grado 11 creadas por el Decreto 1479 de 2017 y distribuidas por la Resolución No 7746 de 2017, con la lista de elegibles Resolución CNSC No 20182020074755 del 18-07-2018, “Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 39529,*

denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 11, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016 – ICBF”...

5. Que, para la correcta aplicación del punto anterior, las entidades tengan en cuenta lo ordenado por el fallo de segunda instancia proferido por el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA, mediante número de radicado 76 001 33 33 021 2019-00234-01, interpuesto por la elegible JESSICA LORENA REYES CONTRERAS y por lo dispuesto en el Criterio Unificado “Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019” proferido por CNSC mediante sesión del 16 de enero de 2020.

6. De manera subsidiaria y en caso de existir en el departamento de Tolima o en otra regional del país, una o más vacantes definitiva disponibles denominada PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044 Grado 11, se provean las mismas, con la Resolución No 7746 de 2017, con la lista de elegibles Resolución CNSC No 20182020074755 del 18-07-2018, “Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 39529, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 11, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016 – ICBF”...”

En el informe rendido por la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, expuso que la hoy Accionante ocupó el tercer lugar de la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No.39529, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 11, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016 – ICBF, pero que mediante Resolución CNSC – 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 se revocó el artículo 4° de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la citada Convocatoria, por no encontrarse en consonancia con los preceptos superiores que regulan la materia, toda vez que el artículo 4° de la Resolución 20182020074775 del 18 de julio de 2018, no se encontraba conforme con el interés público o social, teniendo en cuenta que su inclusión afecta el principio de seguridad jurídica, que debe regir el proceso de selección por mérito y, por ende, la confianza pública que subyace en la inmodificabilidad de las reglas que rigen el proceso de selección, configurándose la segunda causal de revocatoria directa, esto es “Cuando no estén conformes con el interés público o social”.

Y por su parte, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, expresó que la lista de elegibles publicada adquirió firmeza el 31 de julio de 2018, misma que se conformó para proveer una vacante y en dicha

lista la accionante ocupó la posición número 3, y que no es cuestionada como tal, sino las actuaciones que surgieron con posterioridad y específicamente el hecho de que no se haya efectuado inmediatamente su nombramiento, en aplicación del artículo 6° de la Ley 1960 de 2019. Sin embargo, refiere el ICBF que procederán a hacer su nombramiento una vez se surtan una serie de procedimientos que se están adelantando por parte del Instituto, y una vez la CNSC apruebe el uso de la lista.

Agrega que la peticionaria exige el cumplimiento del artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, que modificó el numeral 4° de la Ley 909 de 2004, desconociendo que la misma norma (artículo 2°) creó el derecho a los empleos de carrera administrativa a concurso de ascenso y movilidad horizontal, para lo cual la Ley le otorgó término a la CNSC para regular el derecho. Así las cosas, la entidad accionada relaciona todas las vacantes definitivas del empleo profesional Código 2044 Grado 11 (provistas en encargo, nombramiento provisional- sin proveer- vacantes desiertas) con las que cuenta el Instituto, incluyéndose las creadas con el Decreto 1479 de 2017 con la correspondiente ubicación geográfica y rol definido en el Manual Específico de Funciones y competencias Laborales, vigente para el momento de la convocatoria, es decir Resolución 4500 del 20 de mayo de 2016.

Aclara que, el ICBF que con la expedición de la Ley 1960 de 2019, en conjunto con la CNSC, emitieron distintos actos sobre la aplicación de esa norma, únicamente para los concursos que se generaran a partir de su entrada en vigencia, 27 de junio de 2019, pero que el 16 de febrero de 2020 la CNSC emitió un criterio unificado sobre la aplicación de dicha Ley y determinó, como órgano rector de la carrera administrativa, que era procedente dar aplicación a la norma frente a las listas de elegibles que se habían aprobado antes de su expedición y se encuentran vigentes, disposición que han acatado, pero que para tal fin requieren adelantar una serie de acciones administrativas y financieras que implican tiempo y recursos públicos de acuerdo con la reglamentación de la CNSC, y por tanto se están realizando las gestiones necesarias para acatar la norma y la directriz dada por la Comisión.

Así entonces, verificado todo lo anterior, se tiene que en la actualidad la señora MESA MUÑOZ no pretende hacer valer una mera expectativa, ni la vacante que fuere ofertada en la aludida Convocatoria 433 de 2016, pues resulta claro para la Sala que, la citada accionante ocupaba la tercera posición en la lista de la elegibles de la cual hizo parte, sin embargo, con el nombramiento de la señora SOLANGIE ALVIS RUEDA y posesión efectuada el 06 de septiembre de 2018, conllevó a la recomposición de la lista conforme al artículo 63 del Acuerdo 20161000001376 de 2016, pasando a ocupar el segundo lugar, lo que la conduce a estar en un turno meritorio y por tanto, tendría derecho a ser nombrada en un puesto vacante que cumpla con las características del cargo para el cual concursó, vacante que se itera, pudo haber sido generada con posterioridad al concurso de méritos y que se encuentra provista de manera provisional, conforme al criterio unificado antes indicado. En tal sentido, como se señaló con antelación al decidir sobre la procedibilidad de la tutela, en el presente asunto no se debate la legalidad o no del trámite surtido al interior del concurso de méritos del cual hizo parte la tutelante, sino una situación surgida con posterioridad, como lo fue la autorización para uso de listas de elegibles en las circunstancias descritas en líneas precedentes.

En consecuencia, advierte la Sala que con el proceder omisivo de las accionadas, relativo a dar pronto y cabal inicio a los procedimientos señalados para que se determine la procedencia o no del nombramiento deprecado por la accionante, se generan barreras de carácter administrativo y una dilación injustificada que, sin duda trasgrede el derecho al debido proceso de la señora CARMENZA MESA MUÑOZ, pues a la fecha el ICBF no ha demostrado el más mínimo interés, a pesar de señalar en su respuesta que ha dado inicio a ello, en adelantar los trámites respectivos para dar cumplimiento al criterio unificado emitido por el órgano rector de la carrera administrativa, lo que trasgrede el derecho que le asiste a la tutelante de solicitar un cargo que se ajuste a aquel para el cual concursó en la convocatoria 433 de 2016 y frente al cual las decisiones del órgano competente, incluso antes de la expedición del criterio unificado dirigido al

“uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019” proferido el 16 de enero de 2020 por la Sala Plena de la CNSC, le han conferido confianza legítima acerca de que es una potencial aspirante.

Con lo expresado, concluye esta Sala que tanto la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC como el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF, vulneraron los derechos al debido proceso administrativo y trabajo de la accionante, y de contera el principio de confianza legítima, así como el acceso a la carrera administrativa por mérito e igualdad de oportunidades, y por tal razón, habrá de revocarse la sentencia impugnada.

Debe considerarse además otro de los puntos objeto de tutela, cual es el perjuicio irremediable que según la accionante podría ocasionar la espera a que se realice todo el trámite administrativo y financiero por parte de las entidades accionadas, ello considerando que su lista de elegibles se encuentra vigente solo hasta el 30 de julio de 2020, aunado al hecho de la conducta omisiva y dilatoria de las accionadas en dar cumplimiento a los trámites que les corresponden a cada una de ellas dentro del ámbito de sus competencias antes de dicha calenda, y en tal sentido, como se expresó con anterioridad, no puede someterse a la tutelante a una espera incierta o indefinida, máxime cuando en sus propias respuestas las accionadas invocan que deben surtirse trámites complejos, que demandan tiempo y recursos, lo cual da a entender la desidia de las accionadas, con lo que se trasgreden los derechos fundamentales invocados y principios orientadores del Estado Social de Derecho, pues deja la posibilidad del acceso a un cargo público en total incertidumbre y a merced del querer de la administración.

Así, para esta Corporación, las actuaciones administrativas y financieras a que hacen referencia las accionadas no pueden entenderse indefinidas, más cuando están en juego caros derechos fundamentales de la tutelante y que se convierten en meras excusas y barreras de índole administrativo que deben ser remontadas con voluntad e impronta de perseguir el mérito en el sector público. Además, la novedad legislativa no impide la pronta adaptación a

nuevas realidades, que como la planteada, siempre serán menos lesivas con el erario público frente a la obligada convocatoria de un nuevo concurso de méritos, si llegare a vencerse la lista de elegibles.

Con fundamento en todo lo anterior, se requerirá al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF, para que adelante los trámites administrativos y financieros necesarios y suficientes, derivados del uso de lista de elegibles para proveer vacantes surgidas con posterioridad a la convocatoria de que hace parte la accionante CARMENZA MESA MUÑOZ, y en consecuencia, para su inicio, se le ORDENARÁ al Director (a) de dicho Instituto, que en el término perentorio de CINCO (5) DÍAS HÁBILES contados a partir de la notificación de esta providencia, en virtud de la petición elevada por la accionante, proceda a: **1)** realizar la verificación de la planta global de los empleos que cumplen con las características de aquel solicitado por la accionante, que corresponde al mismo por el que concursó y en especial la ubicación geográfica de cada uno de estos, **2)** reportar la OPEC o actualizar la existente en el aplicativo Sistema de Apoyo para la Igualdad, el mérito y la oportunidad –SIMO- y, **3)** realizar ante la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC, la solicitud de uso de las listas de elegibles en los términos dispuestos por la Ley y los reglamentos con las erogaciones presupuestales que ello implica, debidamente determinadas por la CNSC y finalmente, en el evento de ser autorizado el uso de la lista por la CNSC, en el mismo término, contado desde la comunicación de dicha autorización, proceda a realizar el nombramiento de la accionante en el cargo deprecado.

Además, se ORDENARÁ a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, que en el término perentorio de DIEZ (10) DÍAS contados a partir de la solicitud de uso de listas de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado con la OPEC 39529 en la Convocatoria 433 de 2016, proceda a: **1)** informar si existen elegibles que cumplan con los requisitos para el uso de listas de los empleos que satisfacen las condiciones, **2)** definir la tarifa que debe asumir y pagar la entidad - ICBF, y **3)** realizar todos los demás trámites correspondientes para que finalmente de resultar procedente se expida acto administrativo de autorización de uso listas de

elegibles y su remisión, y con ello el ICBF pueda realizar los pagos respectivos y efectuar el nombramiento a que haya lugar.

Todo, sin perjuicio de ajustar conjuntamente, las accionadas los cronogramas que deben adoptar antes del vencimiento de la lista de la accionante.

Por lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO. REVOCAR** la sentencia 104 del 14 de mayo de 2020 proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, para en su lugar, **CONCEDER** el amparo constitucional deprecado por la señora CARMENZA MESA MUÑOZ en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF y de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, por la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, el acceso a la carrera administrativa por mérito, igualdad de oportunidades y al trabajo, ello conforme a las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO.** En consecuencia, **REQUERIR** al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF, para que adelante los trámites administrativos y financieros necesarias y suficientes, derivados del uso de lista de elegibles para proveer vacantes surgidas con posterioridad a la convocatoria de que hace parte la accionante CARMENZA MESA MUÑOZ y en consecuencia, se le **ORDENA** a su Directora General LINA MARÍA ARBELÁEZ ARBELÁEZ, o quien haga sus veces, que en el término perentorio de CINCO (5) DÍAS HÁBILES contados a partir de la notificación de esta providencia, en virtud de la petición elevada por la accionante, proceda a: **1)** realizar la verificación de la planta global de los empleos que cumplen con las características de aquel solicitado por la accionante, que corresponde al mismo por el que concursó y en especial la ubicación geográfica de cada uno de estos, **2)** reportar la OPEC o actualizar la

existente en el aplicativo Sistema de Apoyo para la Igualdad, el mérito y la oportunidad –SIMO- y, **3)** realizar ante la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC, la solicitud de uso de las listas de elegibles en los términos dispuestos por la Ley y los reglamentos con las erogaciones presupuestales que ello implica, debidamente determinadas por la CNSC y finalmente, en el evento de ser autorizado el uso de la lista por la CNSC, en el mismo término, contado desde la comunicación de dicha autorización, proceda a realizar el nombramiento de la accionante en el cargo deprecado.

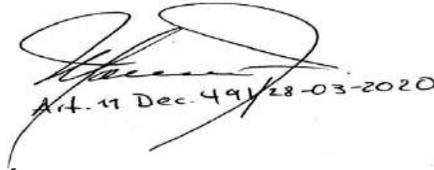
**TERCERO.** ORDENAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, representada legalmente por su Presidente, FRÍDOLE BALLÉN DUQUE, que en el término perentorio de DIEZ (10) DÍAS contados a partir de la solicitud de uso de listas de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado con la OPEC 39529 en la Convocatoria 433 de 2016, proceda a: **1)** informar si existen elegibles que cumplan con los requisitos para el uso de listas de los empleos que satisfacen las condiciones, **2)** definir la tarifa que debe asumir y pagar la entidad - ICBF, y **3)** realizar todos los demás trámites correspondientes para que finalmente de resultar procedente se expida acto administrativo de autorización de uso listas de elegibles y su remisión, y con ello el ICBF pueda realizar los pagos respectivos y efectuar el nombramiento a que haya lugar. Todo, sin perjuicio de ajustar conjuntamente, las accionadas, los cronogramas que deben adoptar antes del vencimiento de la lista de la accionante.

**CUARTO.** ORDENAR al ICBF que publique el presente fallo en el aparte correspondiente de su página *web*.

**QUINTO.** Dentro del término legal envíese el expediente en medios electrónicos a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

**SEXTO.** NOTIFÍQUESE electrónicamente a las partes esta decisión por ser el medio más expedito, conforme a los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, a los correos que reposan en las diligencias, en atención a la situación de emergencia sanitaria derivada de la pandemia por Covid 19 y las medidas de aislamiento preventivo obligatorio.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina y firma en constancia después de leída y aprobada.



Art. 11 Dec. 491/28-03-2020

**MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**  
**Magistrada**

Se suscribe con firma escaneada,  
por salubridad pública  
(Art. 11 D. 491 del 28-03-2020 y Art. 22,28 Ac. PCSJA20-11567 DEL 5-06-2020)



**LUIS GABRIEL MORENO LOVERA**

**APROBADO TIC (23/06/2020)**  
**CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA  
POPAYÁN – CAUCA

**SENTENCIA DE TUTELA Nro.027**

Popayán, veintitrés (23) de junio de Dos mil veinte (2020)

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA  
RADICADO: 19001-31-10-002-2020-00110-00  
ACCIONANTE: ELIUD VELASCO GOMEZ.  
ACCIONADAS: INST. COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR  
COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL  
VINCULADA: CLAUDIA LORENA GORDILLO ARMERO

**OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO**

Procede este Despacho a emitir sentencia dentro de la acción de tutela instaurada a nombre propio por la señora ELIUD VELASCO GOMEZ, en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR en adelante “ICBF” y la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL en adelante “CNSC”. por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, A LA IGUALDAD, AL TRABAJO Y AL ACCESO A CARGOS PUBLICOS, consagrados en su orden, en los artículos 29, 13, 25 y 125 de la Constitución Política de Colombia.

**HECHOS:**

Refiere la accionante que el ICBF y la CNSC, mediante suscripción de un acuerdo, adelantaron la convocatoria pública de concurso de méritos para proveer 2470 empleos vacantes que pertenecen al sistema de carrera administrativa del ICBF, para lo cual la actora procedió a realizar la respectiva inscripción, optando por la vacante identificada con el código OPEC No. 38903, profesional especializado código 2028, grado 17 con ubicación geográfica en la regional Cauca.

Que una vez agotadas todas las etapas del concurso, la CNSC, procedió a conformar las listas de elegibles y mediante resolución de fecha 26/04/2018, declaró la firmeza de estas.

Entre dichas listas, se encontraba la correspondiente al cargo para el cual concursó la accionante, conformada por dos profesionales, siendo ella la segunda de la lista en mención. Con Resolución No. 6479 de 25/05/2018 el ICBF nombro en periodo de prueba a la Abogada CLAUDIA LORENA GORDILLO ARMERO, por ser quien ocupaba el primer puesto de la lista aludida y en consecuencia la tutelante quedo ubicada en el primer lugar de la misma, por ende, en consonancia con los lineamientos de la convocatoria, le confirió la expectativa de ser nombrada durante la vigencia de las listas para posibles vacantes que pudieran generarse o nuevos cargos que eventualmente se crearan.

Con fecha 22 de noviembre de 2018 la CNSC expide la Resolución 20182230156785 que revoca el artículo 4° de todos los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la convocatoria 433 de 2016, *“...una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidara la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la resolución 3265 de 2010. Así mismo, dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante la vigencia en los mismos empleos convocados...”* decisión que a criterio de la accionante vulnera los derechos adquiridos, en virtud de haber concursado bajo ciertos parámetros que luego fueron cambiados por la CNSC.

Como resultado de la expedición del decreto 1479 de 04/09/2017, se crearon para el ICBF 591 cargos de carácter permanente denominados PROFESIONAL ESPECIALIZADO CODIGO 2028 GRADO 17, similares al cargo para el que había concursado la señora VELASCO GOMEZ y para los cuales, el respectivo acto administrativo dispuso proveerlos acorde a lo estatuido en el Ley 909/2004 (*“Por la cual se expiden normas que regulan el Empleo Público, la Carrera Administrativa, la Gerencia Pública y se dictan otras disposiciones.”*).

Con fecha 27/06/2019 se expide la Ley 1960 que modifico la ley 909 de 2004 y el decreto 1567 de 1998, artículo 6°, modifico el numeral 4° del artículo 31 de la ley 909 de 2004 y estableció *“...Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan*

*con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad...”, posteriormente con fecha 1º de agosto de 2019, la CNSC aprobó y expidió el criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019 donde determinó “...las listas de los elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la ley 1960, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria.....De otra parte, los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la ley 1960 de 2019, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas la reglas previstas para las listas de elegibles.....En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes, en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada...”.*

En criterio unificado de la CNSC del 16 de enero de 2020, sobre utilización de lista de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019, que deja sin efecto el criterio anterior dispuso que: “...De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" 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.....Por tanto, el nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas por la CNSC en el marco de los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos" o vacantes en cargos de empleos equivalentes...”.

Para el presente caso, se refiere que la Señora CLAUDIA LORENA GORDILLO ARMERO, fue nombrada y posesionada en el cargo identificado como OPEC No. 38903, profesional especializado código 2028, por lo que sostiene la actora, que ella ocupa actualmente el primer lugar en la Resolución 20182020040925 del 26 de abril de 2018 que conformó la lista de elegibles; no obstante, como la CNSC revocó el artículo cuarto de cada una de las 1187 listas de elegibles expedidas con ocasión de la Convocatoria 433 de 2016, a la fecha no cuenta con posibilidad real de acceder a un cargo público ofertado por el ICBF en el citado concurso de méritos, dado que la

única vacante ofertada en la OPEC 38903, Código 2028 Grado17, está ocupada por la profesional GORDILLO ARMERO, y según los lineamientos determinados por la CNSC, la lista de elegibles de la que hace parte, no será tenida en cuenta pues fue expedida en relación con un proceso de selección adelantado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, pese a que el artículo 7° de la ley en cita, precisa que la misma rige a partir de su publicación. Así las cosas, considera que el ICBF y la CNSC deben acatar lo preceptuado por la ley mencionada, y proveer las vacantes creadas por el Decreto 1749 de 2017 con las listas de elegibles expedidas en razón de la Convocatoria 433 de 2016, y siendo que la declaratoria en firme de las listas, según el ICBF, data del 09/05/2018 para el caso en concreto su vigencia sería hasta el 27 de junio de 2020 *(teniendo en cuenta que la lista de elegibles tiene vigencia de 2 años, a partir del 09 de mayo de 2018, cuando quedaron en firme y hasta el 08 de mayo de 2020, los cuales con ocasión de la emergencia sanitaria por cuenta del COVID, se interrumpieron el 24 de marzo del presente año y se reanudaron el 11 de mayo, lo que ubica el extremo final de la vigencia el día 27 de junio del presente año).*

Indica que antes de acudir a la presente acción constitucional, con fecha 16/03/2020 solicitó mediante derecho de petición las garantías de sus derechos fundamentales y concomitante a ello el nombramiento y posesión al cargo que optó dentro de la Convocatoria 433 de 2016, sin que las respuestas garanticen un debido proceso, pues el ICBF ha proyectado una respuesta similar para todas las personas que de una u otra manera solicitaron información respecto a la aplicación de la lista de elegibles.

### **PETICIÓN**

Solicita la actora, el amparo de sus derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, TRABAJO Y ACCESO A CARGOS PUBLICOS y en consecuencia, se ordene al ICBF y a la CNSC, que en el término de 48 horas siguientes al fallo, realicen los trámites administrativos pertinentes para que se dé cumplimiento a lo ordenado en los artículos 6 y 7 de la ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y se use la lista de elegibles de la resolución No 20182020040925 del 26 de abril de 2018 la CNSC, por la cual se hizo la provisión de una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No 38903, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, código 2028, grado 17 del sistema general de carrera administrativa del ICBF, y se proceda a expedir el acto administrativo que nombre a la accionante y la poseione en Carrera Administrativa, en una de las 591 vacantes definitivas que fueron creadas por el decreto 1479 de 2017.

### **TRÁMITE PROCESAL**

La acción de tutela fue admitida mediante auto Nro. 424 fechado el 08/06/2020, ordenándose la notificación del auto admisorio de la misma al ICBF y a la CNSC y se dispuso la vinculación de la profesional que ocupó el primer lugar de la lista de elegibles, Sra. CLAUDIA LORENA GORDILLO ARMERO.

Tanto las entidades accionadas como la vinculada, fueron oportunamente notificadas del adelantamiento de la presente acción, vía correo electrónico y dentro del término concedido para tal fin, cada una de ellas recorrió el respectivo traslado.

### **RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS Y LA VINCULADA**

**La COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL “CNSC”**, por intermedio del Dr. CARLOS FERNANDO LOPEZ PASTRANA, en calidad de Asesor Jurídico, en escrito remitido vía electrónica al correo del Juzgado, considera como improcedente la acción interpuesta, en tanto esta no es la vía para reclamar los derechos invocados, pues existe otro medio de defensa judicial, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

De igual manera señala como correcto lo referente al concurso de méritos del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, mediante convocatoria 433 de 2016. Acerca de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 advierte que la misma tiene vigencia desde su publicación, esto es, desde el 27 de junio de 2019, no tiene efectos retroactivos y su aplicación se hará para convocatorias posteriores a su entrada en vigor.

Finalmente, solicita se declare la improcedencia de la tutela, y la desvinculación de la acción, por cuanto la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL “CNSC”, carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que si bien es cierto esa entidad adelantó el proceso de concurso para proveer los empleos vacantes en la planta de personal del ICBF, también lo es que no tiene ninguna competencia respecto de la administración de la planta de personal del ICBF, pues la facultad para nombrar y retirar servidores públicos, se encuentra en cabeza del Representante legal de la entidad, en este caso, la Directora del ICBF.

**EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR “ICBF”**, mediante escrito suscrito por el Dr. Edgar LEONARDO BOJACA CASTRO, en calidad de jefe de la Oficina Asesora Jurídica, dentro del término de ley allego vía electrónica al correo del Juzgado, la respuesta, aludiendo que su representada no ha incurrido en ninguna conducta violatoria de la ley o derechos fundamentales de la accionante, pues su actuación se ha ceñido a la normatividad y jurisprudencia vigente.

Afirma que las peticiones de la actora han sido atendidas de manera oportuna y de fondo, así mismo que el ICBF realizó el nombramiento de la primera profesional en la lista de elegibles, en total apego a las normas vigentes existentes para tal fin y que superado el periodo de prueba la profesional en cita cuenta con derechos adquiridos.

Que teniendo en cuenta lo anterior, el proceso para proveer la vacante de la convocatoria 433 de 2016 distinguido como OPEC No. 38903, profesional especializado código 2028 en el que participó la accionante, ya se surtió con el nombramiento y posesión del primer lugar de la lista.

Que de conformidad con el artículo 31 de la ley 909 de 2004, el decreto 1894 de 2012 y la jurisprudencia constitucional (SU-446 de 2011), las listas de elegibles solo pueden usarse para proveer cargos ofertados al momento de la respectiva convocatoria y por tal razón, resulta improcedente acceder a las pretensiones, en cuanto que a partir del uso de la lista de elegibles en la que se encuentra la actora, sea nombrada en una vacante distinta a la ofertada bajo el número OPEC 38903.

Manifiesta que es inaplicable en el presente asunto lo estatuido por la ley 1960 de 2019, dado que rige a futuro, en consecuencia no es posible que con ella se afecten los acuerdos de convocatoria aprobados antes de la entrada en vigor de la ley en mención (27/06/2019), más aún cuando la lista de elegibles en la que se encontraba la accionante (Resolución N° CNSC 20182230040835 del 26 de abril de 2018) cobró firmeza el 9 de junio de 2018.

Acerca de las sentencias proferidas en otros asuntos que involucran los mismos derechos y por casos similares, refiere como inaplicables las aportadas por la accionante y en especial la proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca del 18 de noviembre de 2019, accionante Jessica Lorena Reyes Contreras, radicado 76001333302120190023401, pues solo tiene efectos inter comunis para la lista de elegibles de la OPEC 39958, Cargo Profesional Universitario, código 2044 grado 8, adicionalmente dicho fallo fue proferido antes de que la CNSC modificara su postura sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019, lo cual ocurrió hasta el 16 de enero de 2020. En ese orden de ideas, el efecto inter comunis no es aplicable para este caso en estudio.

Finalmente, y frente al caso de Ángela Cecilia Astudillo Montenegro que también considera respalda sus pretensiones, se aclara que al igual que la anterior, esa decisión aún no ha culminado el trámite de revisión ante la Corte Constitucional. En conclusión, ninguna de las decisiones citadas por la actora constituye precedente judicial, ni debe ser tenida en cuenta para resolver sus pretensiones por diferencia en los fundamentos fácticos que les dieron origen.

En virtud de lo expuesto, pide declarar la improcedencia de la tutela interpuesta por no cumplir los requisitos de relevancia iusfundamental del asunto, subsidiariedad y perjuicio irremediable y que en caso de que la referida acción se estime procedente, solicita subsidiariamente que sea NEGADA, al no advertirse violación de derechos fundamentales por conductas atribuibles a la entidad.

### **DE LA VINCULADA, ABOGADA CLAUDIA LORENA GORDILLO ARMERO**

En escrito que describió el traslado, la Abogada vinculada refirió como ciertos los hechos y las circunstancias que rodearon el concurso de méritos, hasta ocupar el primer lugar y ser nombrada en propiedad.

Señala de manera detallada como se cumplió cada etapa del concurso y afirma que ella cumple con los parámetros de este. Finalmente manifiesta haber cumplido con el periodo de prueba con calificación sobresaliente y encontrarse en propiedad en su cargo, por lo que solicita ser desvinculada de la presente acción, pues esta no le vulnera ni amenaza ningún derecho.

### **PRUEBAS ARRIMADAS AL EXPEDIENTE**

#### **Por la parte accionante:**

1. Copia del acuerdo No CNSC-20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 por medio del cual se convoca a concurso de méritos para proveer los empleos vacantes de la planta de personal del ICBF.
2. Comprobantes de inscripción a la convocatoria 433 de 2016.
3. Copia de la resolución No 20182020040925 del 26 de abril de 2018 por la cual la CNSC conformó la lista de elegible para proveer 1 vacante del empleo identificado con el Código OPEC No 38903, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, código 2028, grado 17 del sistema general de carrera administrativa del ICBF.
4. Copia de la resolución 20182230156785 de la CNSC que revoca el artículo 4o de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la convocatoria 433 de 2016.
5. Copia de la resolución 6479 del 25 de mayo de 2018
6. Copia de las peticiones vía correo, presentada ante la Dirección de Gestión Humana del ICBF.
7. Copia de la respuesta al derechos de petición a mi persona y a una concursante en donde se proyecta respuesta igual y se da a conocer por qué no se puede hacer uso de la lista de elegible sin que previamente se agoten trámites administrativos y financieros
8. Copia de criterio unificado de la CNSC del 1 de agosto de 2019, sobre utilización de lista de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019.

9. Copia de criterio unificado de la CNSC del 16 de enero de 2020, sobre utilización de lista de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019, que deja sin efecto el criterio anterior.
10. Copia del decreto 1479 de 2017.
11. Copia del fallo No 025 de 28/04/2020 del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, ACCION DE TUTELA Accionante ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO Accionado INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL “CNSC” Radicado No. 1900131050022020-00072-00
12. Copia del fallo de tutela de segunda instancia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca del 18 de noviembre de 2019, accionante JESSICA LORENA REYES CONTRERAS, radicado 76001333302120190023401.
13. Con fecha 19 de junio mediante comunicación electrónica, se arrima al proceso el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal para adolescentes con función de conocimiento, quien en sentencia No 029 del 17 de junio de 2020, tutelo los derechos de la Señora OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA.

**Por el ICBF:**

1. Constancia certificación solicitada por la accionante expedida por el área de Talento Humano.
2. Relación de tutelas interpuestas, similares a la presente.

**POR LA CNSC:**

1. Resolución No. 4411 de 10 de marzo de 2020, que acredita la personería jurídica para intervenir en nombre de la CNSC.
2. Resolución No. 20182020040925 del 26 de abril de 2018 –
3. Solicitud de inscripción den carrera administrativa del elegible –
4. Criterio unificado de uso de listas. –
5. Solicitud del primero de la lista a inscripción de carrea administrativa –
6. Acuerdo 20161000001376 de fecha 5 de septiembre de 2016

## **C O N S I D E R A C I O N E S**

**Competencia**

De conformidad a lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, el artículo 1° numeral 1° del Decreto 1382 de 2000 y el Decreto 1983 de 2017, éste

Juzgado es competente para conocer y decidir, en primera instancia, la presente acción de amparo Constitucional.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Dados los presupuestos fácticos atrás anotados, corresponde al Despacho determinar si El INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR “ICBF” y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL “CNSC”, han vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y al acceso a cargos públicos invocados por la señora ELIUD VELASCO GOMEZ, por omitir tener en cuenta la lista en la que figura en primer lugar, y que hace parte de las listas de elegibles, aún vigentes, conformadas con base en la convocatoria 433 de 2016; para proveer uno de los 591 cargos de carácter permanente, creados por el Decreto 1479 de 2017, y que son iguales al cargo para el que ella concurso, petición que hace teniendo en cuenta que pese a encontrarse en firme las citadas listas, se modificó por disposición normativa posterior, el procedimiento o forma establecido en un inicio, para cubrir las nuevas vacantes que surgieran durante la vigencia de aquellas en los mismos empleos convocados.

Se establecerá igualmente, si la acción de tutela es procedente para dicho reclamo, o si por el contrario no aplica el principio de subsidiariedad, como también si se cumple con el requisito de inmediatez.

### **NORMAS Y JURISPRUDENCIA APLICABLE AL CASO**

Para la solución del anterior problema jurídico el Juzgado abordará en primer término la normativa y jurisprudencia aplicable al caso en cuestión, para con base en el material jurídico y las pruebas obrantes en la actuación, definir la procedencia o no del amparo solicitado.

### **NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION DE TUTELA**

De acuerdo con el art. 86 de la Constitución Política, toda persona podrá acudir a la acción de tutela para reclamar la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, y procederá contra toda acción u omisión de las autoridades, o particulares según se trate, siempre que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

A su vez el art. 6 del Decreto 2591 de 1991, confirma la naturaleza residual de la acción de tutela y sus condiciones de procedencia, cuando existe un mecanismo ordinario de defensa, e indica que la eficacia de dichos recursos debe ser apreciada en concreto, “atendiendo las circunstancias en que se

encuentra el solicitante”, en consecuencia es la acción de tutela un medio judicial de defensa subsidiario y residual, que se utiliza cuando el ordenamiento jurídico no cuenta con otros mecanismos de defensa o protección de los derechos o cuando existiendo, se acude a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

### **LA ACCION DE TUTELA PARA CONTROVERTIR ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS EN EL MARCO DE CONCURSOS DE MÉRITOS**

Atendiendo a la condición subsidiaria y residual de la acción de tutela la Corte Constitucional en sentencia T -090 de 2013, concluye que ésta es improcedente como mecanismo principal y definitivo, cuando en el marco de un concurso de méritos se surten actuaciones o se expiden actos administrativos que amenacen o vulneren derechos fundamentales, esto ante la existencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el que es factible solicitar como cautela la suspensión del acto, de ahí deviene los factores referidos supra que rigen esta acción constitucional.<sup>1</sup>

No obstante, la Jurisprudencia Constitucional, precisa dos subreglas por las que no obstante el carácter subsidiario de la acción de tutela, la habilita para ser utilizada de la siguiente manera:

- (i) *cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y*
- (ii) *cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que, en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.*

La subregla enunciada en (ii) es aplicada por la Corte para casos en los cuales los actores de las acciones de tutela ocupan el primer lugar en la lista de elegibles y se ha omitido su nombramiento para el cargo público al cual han concursado.

### **CONVOCATORIA COMO NORMA REGULADORA DEL CONCURSO DE MÉRITOS**

La convocatoria es “*la norma reguladora de todo concurso de méritos y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la*

---

<sup>1</sup> Sentencia T-090 DE 2013.MP Luis Ernesto Vargas Silva

*realización del concurso y a los participantes*”, por ende impone las reglas que son obligatorias para quienes en ella intervienen, entiéndase administración y administrados-concursantes, por lo tanto, contiene los parámetros que guiarán el proceso, así quienes participan en ejercicio de los principios de buena fe y confianza legítima, esperan su estricto cumplimiento.

La Corte Constitucional ha considerado, que es el Estado quien debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imprimen a las convocatorias, pues su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, **la transparencia, la publicidad, la imparcialidad**, (resaltado del Juzgado) así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de auto vinculación y autocontrol porque la administración debe “respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada<sup>2</sup>.

## **DERECHO A LA IGUALDAD, AL ACCESO Y AL EJERCICIO DE CARGOS PUBLICOS**

El artículo 40 de la Constitución Política consagra que “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. En aras de tornar efectivo este derecho puede:

*(...) 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.*

Por su parte, el artículo 13 establece que “*Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas*

---

<sup>2</sup> Sentencia SU - 446 del 26 de 2011. M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

*personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.*

En el marco de un concurso de méritos, el derecho a la igualdad adquiere una connotación especial, esto en desarrollo de lo estatuido por el artículo 40 de la norma superior, pues todo ciudadano tiene derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, de manera que debe garantizarse que quienes participan en un concurso tengan las mismas oportunidades para acceder al cargo ofertado, solo así se puede asegurar la transparencia que debe acompañar este tipo de procesos, para finalmente cumplir el objetivo que es elegir a la persona mejor capacitada para desempeñar el cargo<sup>3</sup>.

### **DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO**

Nuestra Constitución Política en su artículo 29 consagra el debido proceso, que deberá estar inmerso en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Al respecto la corte ha definido jurisprudencialmente el debido proceso administrativo como: *“(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”*<sup>4</sup>.

### **CASO EN CONCRETO**

La señora ELIUD VELASCO GOMEZ interpone acción de tutela en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR “ICBF” y de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL “CNSC” a fin de que se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso cargos públicos, y en consecuencia se ordene a las accionadas realizar los trámites administrativos que den cumplimiento a los arts. 6° y 7° de la ley 1960 de 2019 para que de conformidad con el registro de elegibles contenido en la Resolución No 20182020040925 del 26 de abril de 2018, en el que ocupa actualmente el primer lugar, y en consecuencia en uso de su derecho sea nombrada en el cargo Código OPEC N° 38826 PROFESIONAL

---

3 Sentencia T-227 de 2019, M.P Carlos Bernal Pulido.

4 Sentencia T-051 de 2016. M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

UNIVERSITARIO, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa, con ocasión de las 591 vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017.

Al interior de la presente acción, la actora probó su participación en el concurso de selección, pues así se deriva de los documentos aportados, al igual que de las respuestas emitidas por la CNSC y el ICBF, y que a la fecha se encuentra en primer lugar para el cargo denominado OPEC 38903, Código 2028 Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF", según se verifica en la Resolución N° CNSC - 2018202040925 del 26 de abril de 2018, De igual manera se encuentra probado el nombramiento de la primera persona de la lista, Dra. CLAUDIA LORENA GORDILLO ARMERO, quien en la actualidad se encuentra desempeñando el cargo, de igual manera se ha verificado que la vigencia de dicho registro de elegibles es de dos años y que para el presente caso fenece el 27 de junio del presente año(*teniendo en cuenta que la lista de elegibles tiene vigencia de 2 años, contados a partir del 09 de mayo de 2018, cuando quedaron en firme, hasta el 08 de mayo de 2020, los cuales con ocasión de la emergencia sanitaria por cuenta del COVID, se interrumpieron el 24 de marzo del presente año y se reanudaron el 11 de mayo, lo que ubica el extremo final de la vigencia el día 27 de junio del presente año*).

Ahora bien, el ICBF, mediante Decreto 1479 de 2017, "*Por medio del cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Cecilia de la Fuente de Lleras, y se dictan otras disposiciones.*", creo 591 vacantes a nivel nacional homologas al cargo para el que concurso la accionante, evento que a su decir abre la opción para poder acceder a uno de ellos, pero que no ha sido posible ante la renuencia del ICBF para dar cumplimiento a la ley.

La Ley 1960/2019 que modificó la Ley 909/2004, generó controversia en uno de sus artículos acerca de la aplicación para la lista de elegibles, es entonces bajo estas circunstancias que la CNSC decide unificar criterios sobre tal aspecto, disposición que a la fecha se utiliza como medio de defensa por las accionadas, en tanto se asegura que sus efectos son a futuro y de ninguna manera serán retroactivos.

Como quiera que el presente asunto es de relevancia constitucional y que adicional a ello se han interpuesto numerosas acciones en otros Despachos, las cuales han sido referidas por la actora en aras de reforzar su petitorio, debe este estrado tomar en consideración la dimensión de los derechos que invoca la accionante, pues en ellos descansan las aspiraciones de muchas personas que luego de someterse a extensos procesos de selección y encontrándose en lista de elegibles, cuentan con una expectativa de ser

tomados en cuenta una vez se genere la oportunidad, todo lo anterior tiene como fin la búsqueda de los mejores perfiles para los cargos que por meritocracia se ofertan, lo cual deviene en reforzar la estructura del Estado, pues al margen de cualquier consideración subjetiva, que es el común denominador en muchas de las instituciones estatales, el ejercicio transparente de los procesos de selección va a permitir contar con personas de indiscutible capacidad.

Es así como esta judicatura al analizar el presente asunto debe apuntar a la materialización de los derechos contenidos en la norma superior, para no convertir en retórica su contenido y esto por cuanto del análisis de las pruebas se puede establecer que no han sido pocos los tropiezos del concurso superado por la señora VELASCO GOMEZ , pues a lo largo el mismo se ha visto afectado por la interpretación de las normas en él contenidas o por la omisión del ICBF para realizar lo de su cargo, esto por cuanto no obstante el escrito previo a la presente acción elevado por la actora a la institución en cita y para cuya resolución, la encartada utilizó por decirlo de alguna manera un “formato” que no respondió de fondo las inquietudes de la peticionaria, limitándose a informarle lo que ella ya sabía, que no era otra cosa que el nombramiento de la primera de la lista y a manifestarle que para el cargo que ella había concursado no se encontraba disponible ninguna vacante, sin referirse en manera alguna a las vacantes creadas en el año 2017, mismas a las que la CNSC, en su respuesta de tutela, de manera puntual señala. *“de existir dicha vacante el ICBF deberá registrarlas en SIMO y expedir el correspondiente Certificado de Disponibilidad Presupuestal y solicitar a la CNSC el uso de listas con cobro, para que esta proceda a autorizar dicho uso y se provean definitivamente las vacantes existentes”*, lo anterior bajo el entendido que con los resultados de las pruebas la CNSC o la entidad contratada, por delegación de aquella, debe elaborar en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años, para así cubrir las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad”.

Manifiesta en su respuesta el representante de la CNSC, que hasta el momento no existe solicitud de uso de Listas de Elegibles por parte del ICBF, para proveer vacantes del empleo ofertado con el No. OPEC 38903.

Revisado el Decreto 1479 de 2017, al referirse a la planta global del ICBF entre los cargos a crear se contemplan 591 cargo para profesional especializado Código 2028 Grado 17, es decir igual al cargo para el que concurso la señora VELASCO GOMEZ, debía entonces el ICBF, en acatamiento a las normas proceder de conformidad y dar aplicación a la lista de elegibles, la cual no es otra cosa que el resultado de un concurso de méritos, mas exactamente la convocatoria 433 de 2016 y que para el

momento de la interposición de la presente acción se encuentra vigente, como ya se ha explicado ampliamente y esto por cuánto se ha esgrimido por parte de las encartadas que la petición esta por fuera de término.

Ahora bien, resuelto el aspecto anterior se debe analizar si se cumplen los presupuestos de inmediatez y subsidiariedad, o si contando con otro medio de defensa, este no es útil ante la inminencia de un perjuicio irremediable.

Respecto de la inmediatez se tiene que la actora propuso la acción dentro de un término razonable, atendida la cronología de la secuencia normativa, en especial, cuando dada la interpretación suscitada por la forma de aplicación de Lista de elegibles, la CNSC emitió un primer criterio orientador que, incluso el Tribunal Administrativo del Valle en la tutela que dirimió, no aplicó por inconstitucional pues tal como lo expreso acertadamente, tal criterio desconoce por completo la norma superior al considerar que: “ *El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado*”<sup>5</sup>, adicionalmente la actora el 16 de marzo en defensa de sus derechos elevó petición al ICBF, misma que fue contestada el 20 de abril del presente año.

Acerca de la subsidiariedad, como se refirió líneas atrás, nuestro ordenamiento contempla en la Jurisdicción Contencioso administrativo como defensa el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pero que para el caso puntual y dada nuestra situación actual de emergencia sanitaria, no es posible acceder a dicho medio por cuenta del cierre de Despachos y atención de algunos casos puntuales determinados por el Consejo Superior de la Judicatura, entre los cuales no se cuenta el referido, adicionalmente y ante la inminente expiración de la vigencia de las listas de elegibles (27 de junio de 2020), poco o nada quedaría por hacer si se toma en cuenta que las labores judiciales se retoman el primero de julio del presente año, configurándose así el perjuicio irremediable.

De otro lado y en relación con los argumentos de las encartadas, respecto de la no retroactividad de la Ley 1960 de 2019, debe indicarle, que pese a que la actora también alude a similar posibilidad, al considerar que es la ley 1960 de 2019 (arts. 6 y 7) el referente normativo de su reclamo, cuando señala que bajo este nuevo régimen puede ser utilizado en su caso, en el punto que consagra que con las listas de elegibles *y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con*

---

5 Sentencia T180/2015 MP Jorge Iván Palacio Palacio

*posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad...*” (subrayas del juzgado), para el despacho no hay necesidad de acudir a esta discusión, como quiera que es con base en el mismo criterio unificado del CNSC del 16 de enero de 2020, sobre la utilización de la lista de elegibles en el contexto de la ley 1960/2019, que se abre paso la pretensión de la accionante, ya que bajo dicha pauta las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019 deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera OPEC de la respectiva convocatoria y **para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, entiéndase, con igual denominación, código grado...**” (resaltado del juzgado), que para el caso que nos ocupa encaja perfectamente, si se toma en cuenta que aunque la accionante concursó en 2016 para un cargo denominado Código 2028 Grado 17, y que para el momento de la convocatoria solo existía un cargo bajo esa denominación, mismo que fue asumido por la primera de la lista, Dra. CLAUDIA LORENA GORDILLO ARMERO, también lo es que mediante Decreto 1479 de 2017, al referirse a la planta global del ICBF, se crearon 591 cargos para profesional especializado, Código 2028, Grado 17, es decir corresponde a los mismos empleos por el cual concursó ELIUD VELASCO GOMEZ y aunque su surgimiento es posterior, es claro que se trata de nuevas vacantes, como lo señala el último criterio unificador, donde aún no se convoca a concurso de méritos para tal fin, en consecuencia deberá darse aplicación al criterio en comento, pues la accionante en este momento es la primera de la lista para un cargo de igual denominación a los 591 que se encuentran vacantes.

Lo contrario, sería contrariar la norma superior que impone el respeto al debido proceso, al derecho de la accionante de acceder al empleo público por el sistema del mérito, que dicho sea de paso tiene rango constitucional (art. 125), desconociéndose de paso el principio de favorabilidad en términos del art. 53 de la norma superior, y el principio de confianza legítima.

Igualmente se debe tener en cuenta que el registro de elegibles, como acto administrativo, tiene como finalidad, establecer la forma y términos de provisión para los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración y los participantes, su desconocimiento acarreará consecuencias adversas a quienes así lo hagan.

Adicional a lo ya expuesto el Despacho en refuerzo de su tesis acoge los expuestos en tutelas de iguales características, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca con fecha 18/11/2019, decisión que revocó la emitida por el Juzgado veintiuno administrativo oral de Cali -en contra de las mismas accionadas, decisión que amparó el derecho de los tuteantes quienes hacen parte del registro de elegibles,

contenido en la Res. CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018, pues independientemente del cambio posterior de criterio del CNSC de fecha 26 de enero de 2020 y la ausencia del efecto inter comunis al que alude la parte pasiva de esta acción, importa es el significado y alcance que la Corte Constitucional fija respecto de los derechos fundamentales en situaciones similares, como es el caso sub lite, donde los supuestos fácticos analizados comparten aspectos parecidos, así mismo la Sala Laboral del Tribunal Superior de Popayán en reciente providencia de 09/06/2020, confirmó la decisión fechada 28/04/2020 proferida por el Juzgado Segundo Laboral de esta ciudad, radicado No. 190013105002202000072, propuesta por Ángela Cecilia Astudillo Montenegro en contra del ICBF y la CNSC, desatiende así esta judicatura los argumentos de la encartada ICBF, que expuso acerca de los fallos aludidos, que los mismos no pueden considerarse precedente al no haber sido objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional, sin tomar en cuenta que las decisiones referidas al igual que la presente tienen como apoyo la amplia jurisprudencia que sobre el tema que nos ocupa tiene el órgano de cierre Constitucional.

Ahora, pese a que la accionante no invocó, entre los derechos pretermitidos, el de petición, observa el Despacho que este se encuentra vulnerado por parte del ICBF, al no haber ofrecido una respuesta clara y de fondo a la petición presentada por la interesada el 16 de marzo de 2020, aunque revisada la postura del ICBF en la presente acción, deja prevenir que la misma será negativa, por lo que este Despacho procederá a amparar los derechos fundamentales invocados por ELIUD VELASCO GOMEZ y en consecuencia se ordenará al ICBF que dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes de notificada esta decisión, proceda a registrar las vacantes creadas con el Decreto 1479 de 2017 y respecto del registro de elegibles contenido en la Resolución 20182020040925 del 26 de abril de 2018, cargos Código OPEC N° 38903 denominado Profesional especializado, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF, en el SIMO y expida el correspondiente Certificado de disponibilidad presupuestal, solicitando a la CNSC el uso de listas con cobro, sin que pueda exceder de ocho días calendario.

La CNSC una vez el ICBF cumpla con lo anterior, procederá a elaborar y autorizar el uso de la lista de elegibles dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento para optar y una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los cinco (5) días siguientes al ICBF que deberá nombrar a la aspirante dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo de las listas, observando en todo caso el estricto orden de mérito.

Es menester recalcar a las accionadas, que su actuar debe estar revestido de total diligencia y coordinación, en tanto la lista de elegibles para el presente caso, tenía en principio como fecha de vencimiento el 8 de junio de 2020, teniendo en cuenta que la lista de elegibles en la que se encuentra la

actora, cobro firmeza el 9 de mayo de 2018 ; sin embargo dicho vencimiento por efectos de la suspensión de términos adoptada por la CNSC<sup>6</sup>, se corrió hasta el 27 de junio del año en curso, como quiera que la suspensión comprendió en total 48 días, contados entre el 24 de marzo hasta el 10 de mayo de 2020, reanudándose los términos el día 11 de este mismo mes.

Finalmente se ordenará la desvinculación de la Dra. CLAUDIA LORENA GORDILLO ARMERO en tanto en el escrito que recorrió la presente acción de tutela, manifestó que la misma no afecta derecho alguno, por cuanto a la fecha se encuentra ejerciendo su cargo en propiedad.

Sin más consideraciones, el Juzgado Segundo de Familia,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO:** TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la señora ELIUD VELASCO GOMEZ consagrados en los artículos 29, 13, 53 y 125 de la Constitución Nacional, acorde a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** ORDENAR al ICBF que dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de esta decisión, proceda a registrar las vacantes creadas con el Decreto 1479 de 2017 y respecto del registro de elegibles contenido en la Resolución 20182020040925 del 26 de abril de 2018, cargos Código OPEC N° 38903 denominado Profesional especializado, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF, en el SIMO y expida el correspondiente Certificado de disponibilidad presupuestal, solicitando a la CNSC el uso de listas con cobro, sin que pueda exceder de ocho días calendario.

**TERCERO:** ORDENAR A LA CNSC que una vez el ICBF cumpla lo dispuesto en el numeral anterior, proceda a elaborar y autorizar el uso de la lista de elegibles dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento para optar y una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los cinco (5) días siguientes al ICBF que deberá nombrar a la aspirante dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo de las listas, observando en todo caso el estricto orden de mérito.

---

6 La CNSC mediante resolución 4970 del 23 de marzo de 2020, y sus prórrogas contenidas en las Resoluciones, 5265 del 13 de abril, 5804 del 24 de abril, 5936 del 8 de mayo y resolución 6264 del 22 de mayo, todas ellas del presente año, suspendió los términos en las actuaciones administrativas de su competencia, salvo las excepciones allí contenidas, y reanudó los términos en relación a los trámites y asuntos como el que nos ocupa, a partir del 11 de mayo de 2020 en la resolución 5936 ya citada.

**CUARTO:** DESVINCULAR de la presente acción al a Dra. CLAUDIA LORENA GORDILLO ARMERO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO:** NOTIFÍQUESE a las partes la presente decisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 5 del Decreto 306 de 1.992.

**SEXTO:** REMITIR a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LA JUEZ,



**BEATRIZ M. SANCHEZ PEÑA**  
(Sentencia de Tutela No. 27-23/06/2020)

IMPUGNACIÓN DE TUTELA

RADICACIÓN: 19001 31 10 002 2020 00110 01

ACCIONANTE: ELIUD VELASCO GOMEZ

ACCIONADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF - COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN  
SALA CIVIL FAMILIA**

**MAGISTRADO PONENTE: MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES**

Popayán, seis (06) de agosto de dos mil veinte (2020).

**ASUNTO A TRATAR**

De forma primigenia se advierte que mediante auto del 30 de julio de los corrientes la H. Magistrada DORIS YOLANDA RODRIGUEZ CHACÓN dispuso la remisión de la presente acción al despacho del suscrito Magistrado Ponente, en razón a que el proyecto de fallo presentado, fue derrotado por la Sala de decisión. En ese orden se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 10 del Acuerdo No. PCSJA17-10715 del 25 de julio de 2017 y se procede a decidir la impugnación presentada el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, contra el fallo proferido el 23 de junio de 2020, por el JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DE POPAYÁN dentro de la acción de tutela de la referencia.

**LA ACCIÓN PLANTEADA**

Se solicita acceder al amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos; en consecuencia, se ordene al ICBF y a la CNSC, hacer uso de la lista de elegibles contenida en la Resolución No 20182020040925 del 26 de abril de 2018, y, se expida el acto administrativo que nombre a la accionante en carrera administrativa, en una de las 591 vacantes definitivas que fueron creadas para el cargo en el cual concursó.

## SUSTENTO FÁCTICO

En sustento de sus pretensiones, la accionante expuso los hechos que se sintetizan a continuación:

Mediante Acuerdo 20161000001376 se adelantó la Convocatoria No. 433 de 2016, para proveer 2.470 empleos pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF.

La señora VELASCO GÓMEZ se inscribió para el empleo identificado con el código OPEC No 38903, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, código 2028, grado 17 del sistema general de carrera administrativa del ICBF con ubicación geográfica y puesto de trabajo en la Regional Cauca.

Mediante Resolución No 20182020040925 del 26 de abril de 2018 la CNSC, conformó la lista de elegibles correspondiente, ocupando el segundo lugar. Posteriormente, por medio de la Resolución No 6479 del 25 de mayo de 2018, el ICBF, nombra en periodo de prueba, y posesiona, a la profesional CLAUDIA LORENA GORDILLO ARMERO quien ocupó el primer lugar en la lista, razón por la que, para este momento, VELASCO GOMEZ se ubica en el primer lugar; sin que hasta la fecha haya sido nombrada.

Lo anterior, pese a que mediante Decreto 1479 de 2017 (Por medio del cual se suprime la planta de personal de carácter provisional y se modifica la planta de personal de carácter permanente del ICBF), se crearon 591 cargos de carácter permanente cuya denominación es la de "*Profesional Especializado Código 2028, grado 17*", es decir, cargos iguales a aquél por el cual concursó.

Expresa, que su falta de nombramiento obedece a la aplicación que las accionadas dicen impartir a lo dispuesto en la Resolución 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, el criterio unificado expedido por la CNCS el 16 de enero de 2020, y, lo regulado en la

Ley 1960 de 2019 que modificó la 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998.

Subraya que antes de acudir a la presente acción radicó derechos de petición vía correo electrónico en fechas 06 de julio de 2018 y 13 de noviembre de 2019, sin obtener respuesta, existiendo clara vulneración a sus garantías fundamentales.

Exalta que sobre el tema materia de controversia ya existen diversos pronunciamientos judiciales (Sentencia No 025 del 28 de abril de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, Radicado No. 1900131050022020-00072-00, Sentencia del 18 de noviembre de 2019 emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso radicado con el No 20190023401) en los que se accedió al amparo rogado.

Finalmente agrega que la CNSC por medio de las Resoluciones No. 4970 del 24 de marzo de 2020 y 5936 del 8 de mayo de 2020, suspendió los trámites administrativos relacionados con los concursos de mérito, suspensión que obró desde el día 24 de marzo, hasta el 11 de mayo de 2020, fecha en la que se reanudaron los trámites; en consecuencia, la lista de elegibles para su cargo y contenida en la Resolución No 20182020040925 del 26 de abril de 2018 la CNSC, no ha expirado al momento de interponer la acción de tutela.

#### **LA RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS Y VINCULADAS**

La **Comisión Nacional del Servicio Civil**, por intermedio de su Asesor Jurídico, manifiesta que la acción de tutela impetrada es improcedente atendiendo el principio de subsidiariedad que le es propio a la acción constitucional.

Refiere, que consultado el Banco Nacional de Lista de Elegibles - BNLE, se constató que mediante Resolución No. CNSC - 20182020040925 del 26 de abril de 2018 la CNSC conformó la lista de elegibles para proveer solo una (1) vacante del empleo No. 38903 denominado

MABG

Profesional Universitario, código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF, proceso en el que la accionante ocupó el 2 lugar y, por ende, no fue nombrada. Advirtió, que la lista venció el 08 de mayo de 2020, razón por la cual, la demandante contó con 2 años para iniciar las actuaciones pertinentes, sin embargo, sólo al vencerse la lista recurre a la acción de tutela.

Aclara, que esa entidad carece de competencia respecto de nombramientos, posesiones y demás generalidades de la administración de la planta de personal, toda vez que conforme con el Decreto 1083 de 2015, esa facultad únicamente está en cabeza de los representantes legales o delegados de las entidades.

En relación a la posibilidad de utilizar la lista de elegibles en empleos cuya vacancia definitiva surgió con posterioridad a la aprobación del Acuerdo de la Convocatoria, explica que existe sólo para empleos iguales, es decir, con la misma denominación, código, grado, funciones, propósito y ubicación geográfica, previa solicitud por parte de la entidad cancelando el costo previsto en la Resolución No. 0552 del 21 de marzo de 2014, y reporte de la OPEC en SIMO, de conformidad con lo expuesto en la Circular Conjunta Nro. 20191000000117 del 29 de julio de 2019, para luego proceder a verificar las listas vigentes, que cumplan con las características del empleo solicitado, y así proceder a autorizar los nombramientos en periodo de prueba siempre que les asista derecho por estricto orden de mérito; solicitud que no fue realizada por el ICBF durante la vigencia de la Lista de Elegibles que fue conformada mediante la Resolución No. CNSC-20182020040925 del 26 de abril de 2018.

En su criterio, no es válido el argumento que busca amparar derechos fundamentales basado únicamente en que es procedente aplicar la Ley 1960 de 2019, toda vez que con anterioridad a dicha normatividad, el uso de listas de elegibles estaba zanjado por la Ley 909 de 2004, el Decreto 1894 de 2012, el Decreto 1083 de

2015, la reiterada jurisprudencia de unificación de la Corte Constitucional y el marco regulatorio fijado en el Acuerdo de la Convocatoria 426, y en ese sentido, acceder a las pretensiones de la acción de tutela atentaría contra el ordenamiento jurídico que se aplicó al convocar el concurso de méritos, en resumen, porque es imposible hacer uso de listas de elegibles para plazas o vacantes diferentes a las inicialmente ofertadas.

El **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**, por intermedio del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, manifiesta que la acción impetrada es improcedente al existir medios ordinarios para controvertir los actos administrativos que dan origen a la solicitud de amparo.

Explica que de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 el cual se encontraba vigente al momento de abrir la convocatoria, el Decreto 1894 de 2012 y la jurisprudencia constitucional (Sentencia SU-446 de 2011), las listas de elegibles fueron utilizadas para proveer únicamente las vacantes ofertadas en la Convocatoria.

Insiste que sólo hasta el 16 de enero de 2020, la CNSC, como órgano rector de la carrera administrativa, emitió el criterio unificado sobre *"uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019"*, en virtud del cual se hará uso de las listas conforme a la mencionada Ley para aquéllos casos en los que proceda, indicando, *"que para el empleo Profesional Especializado, Código 2028, Grado 17 OPEC (38903) ofertado dentro de la Convocatoria 433 de 2016, para la cual participó la accionante ..., "NO existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC, por cuanto se trata de un cargo que no tiene vacantes disponibles en la ubicación geográfica y perfil para los que se presentó"*<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre este aspecto insiste en documento denominado *"alcance de la impugnación"*, presentado en la fecha.

La señora **Claudia Lorena Gordillo Armero**, luego de realizar un relato de la forma en que se llevó a cabo su nombramiento en propiedad, solicita su desvinculación de la presente acción.

### **LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El **Juzgado Segundo de Familia de Popayán**, mediante providencia del 23 de junio de 2020, concedió el amparo suplicado. En consecuencia, ordenó "al ICBF que dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de esta decisión, proceda a registrar las vacantes creadas con el Decreto 1479 de 2017 y respecto del registro de elegibles contenido en la Resolución 20182020040925 del 26 de abril de 2018, cargos Código OPEC N° 38903 denominado Profesional especializado, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF, en el SIMO y expida el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal, solicitando a la CNSC el uso de listas con cobro, sin que pueda exceder de ocho días calendario", así mismo, ordenó a la CNSC "que una vez el ICBF cumpla lo dispuesto en el numeral anterior, proceda a elaborar y autorizar el uso de la lista de elegibles dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento para optar y una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los cinco (5) días siguientes al ICBF que deberá nombrar a la aspirante dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo de las listas, observando en todo caso el estricto orden de mérito".

Lo anterior, luego de considerar cumplidos los requisitos de subsidiariedad e inmediatez. Explicó además, que el Decreto 1479 de 2017, contempla entre los empleos a crear, 591 cargos para profesional especializado Código 2028 Grado 17, es decir, igual al cargo para el que concurso la accionante, por lo que debía el ICBF, acatar las normas y proceder de conformidad dando aplicación a la lista de elegibles de la convocatoria 433 de 2016, que para el momento de la interposición de la presente acción se encuentra vigente, dado que el registro fenece el 27 de junio de 2020 (2 años, contados desde el 9 de mayo de 2018,

expiran el 8 de mayo de 2020, pero con ocasión de la emergencia sanitaria los términos se interrumpieron del 24 de marzo de 2020 al 11 de mayo de 2020, siendo el extremo final de vigencia el 27 de junio de 2020).

Considera innecesario agotar la discusión relativa a la aplicación en el tiempo de la Ley 1960 de 2019, como quiera que con base en el mismo criterio unificado de la CNSC proferido el 16 de enero de 2020, "*se abre paso la pretensión de la accionante*", si bien, para el momento de la convocatoria sólo existía un cargo, asumido por la primera de la lista, CLAUDIA LORENA GORDILLO ARMERO, también lo es que **mediante Decreto 1479 de 2017, se crearon 591 cargos para profesional especializado, Código 2028, Grado 17, que corresponde al mismo empleo para el cual concurso la actora**, y aunque su surgimiento es posterior, es claro que se trata de nuevas vacantes, como lo señala el último criterio unificado de la CNSC, para las cuales aún no se convoca a concurso de méritos, por lo que corresponde dar aplicación al criterio en comento, pues la accionante en este momento es la primera de la lista para un cargo de igual denominación a los 591 que se encuentran vacantes.

### LA IMPUGNACIÓN

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, impugnó el fallo, tras considerar equivocada la decisión adoptada por la A Quo.

Agrega, que esa entidad no se opone al uso de la lista de elegibles en aplicación del artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, pero para ello, es necesario seguir el procedimiento establecido en el "*Criterio Unificado del 16 de enero de 2020*", emitido por la CNSC y la reglamentación pertinente, tal y como se ha venido adelantando por parte del Instituto, es decir, que en la provisión de las vacantes creadas por medio del Decreto 1479 de 2017 y distribuidas mediante Resolución 7646 del 5 de septiembre de 2017 "*Por medio de la cual se distribuyen unos cargos de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras"*", deben ser

aplicados los criterios objetivos de distribución que correspondan a los "*mismos empleos*", entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, criterios que el proceso de selección son identificados con un número de OPEC.

Que según el informe emitido por la Dirección de Gestión Humana, en el ICBF en la actualidad, NO existen vacantes definitivas en la Regional Cauca que cumplan con los parámetros establecidos en el Criterio Unificado de la CNSC expedido el 16 de enero de 2020, en relación con la OPEC 38903, hecho aunado a que existen medios de control en la jurisdicción contenciosa para zanjar las discusiones aquí debatidas. En consecuencia, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se declare improcedente la petición de amparo, por no cumplir los requisitos de procedencia y no existir un perjuicio irremediable para la accionante.

### **CONSIDERACIONES**

**COMPETENCIA:** De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para conocer en segunda instancia de la presente acción de tutela, por ser el superior jerárquico del Juzgado que dictó la sentencia en primera instancia.

**PROBLEMA JURÍDICO:** Según la situación fáctica arriba precisada, la Sala establecerá si debe revocarse la decisión adoptada por la A Quo, mediante la cual, accedió al amparo suplicado.

Al anterior interrogante se responde en forma negativa y por lo tanto, la providencia impugnada será confirmada, bajo la aclaración que más adelante se expondrá. A dicha conclusión se arriba de acuerdo con las siguientes razones:

**PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN MATERIA DE CONCURSOS DE MÉRITOS.**

Frente al tema, ésta Corporación resalta, que la Corte Constitucional ha establecido en su precedente jurisprudencial, que en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, es procedente la acción constitucional, pese a la existencia de acciones ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, que, ha concluido, no ofrecen generalmente la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y el acceso a los cargos públicos.

Dicha línea se ha expuesto, en las Sentencias T 315 de 1998, SU 133 de 1998, T 425 de 2001, SU 613 de 2002, T 484 de 2004, T 319 de 2014, T 168 de 2018, entre otras, determinando que la tutela se habilita por excepción, entre otros, para aquellos casos en los que la persona afectada en aras de defender eficazmente sus derechos, se ve obligada a acudir a ella, pues de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados sus derechos fundamentales. Así, pese a existir aspectos legales o reglamentarios, que, en principio, deben ser definidos por el Juez Contencioso Administrativo, hay casos en los que las circunstancias determinadas, concretan su procedencia.

Sobre este tópico, la Corte ha expresado:

*(...) Resulta claro que la demandante, no tiene la calidad de funcionaria de carrera, lo cual le permitiría como titular de unos derechos de raigambre constitucional ser beneficiaria de la aplicación de ciertas prerrogativas para atenuar la carga de las medidas de reestructuración del Estado en la eventualidad específica de la supresión del cargo. Sin embargo, al impedírsele el derecho legítimo que tiene a ser nombrada en el cargo para el cual participó dentro de un concurso de méritos y en el que obtuvo el primer lugar, amerita la intervención del juez constitucional con el fin de contrarrestar la vulneración de sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo, toda vez que la acción de tutela se erige*

*como el único mecanismo que hace posible una protección eficiente de los mismos*"<sup>2</sup>.

#### **CASO CONCRETO:**

En el *sub examine* conforme a los presupuestos fácticos que rodean la acción y la prueba documental arrimada por la accionante, los accionados y la vinculada, se encuentra probado lo siguiente:

-La señora ELIUD VELASCO GOMEZ se inscribió en la Convocatoria No. 433 de 2016 para la provisión de cargos pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal de ICBF, concursando en el empleo denominado "PROFESIONAL ESPECIALIZADO", Código 2028, Grado 17, OPEC No. 38903 con ubicación geográfica en la Regional Cauca, concurso adelantado por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

-Posteriormente, mediante Resolución No. CNSC - 201820200040925 del 26 de abril de 2018, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL resolvió conformar la Lista de Elegibles "para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el código OPEC No. 38903, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, con Código 2028, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF"; lista en la que la señora ELIUD VELASCO GOMEZ, ocupó el segundo lugar con un puntaje de 74.53.

-La citada lista de elegibles se conformó con 2 personas, siendo nombrada la primera en la lista: señora CLAUDIA LORENA GORDILLO ARMERO.

-La aludida Resolución, estableció su artículo 4° que "Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se pueden cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de

---

<sup>2</sup> Sentencia T 402 de 2012

*conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados".*

*-No obstante, la disposición contenida en el referido artículo 4, se dejó sin efectos a través de la Resolución No. CNSC - 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, teniendo en cuenta que "no se encuentra en consonancia con el Decreto 1894 de 2012, la reiterada jurisprudencia de unificación de la Corte Constitucional y el marco regulatorio fijado por el Acuerdo 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 ... en particular, lo dispuesto en el artículo 62 ibidem".*

*-En forma ulterior a la expedición del Acuerdo que citó al concurso, se expidió el Decreto 1479 de 2017, mediante el cual fueron creados para el cargo de Profesional Especializado, Código 2028, Grado 17, un total de 591 empleos. (Denominación, código y grado iguales al cargo en el que concursó la accionante).*

*-Para el año 2019, se expidió la Ley 1960 de 2019, disposición normativa que en su artículo 6°, modificó el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en los siguientes términos: "Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad".*

*-En virtud a los ordenamientos contenidos en dicha Ley y con el propósito de dar alcance a la misma, la CNSC el 16 de enero de 2020, expidió Criterio Unificado para el "Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019", expresando: "En virtud de los apartes jurisprudenciales en cita y teniendo en cuenta que el concurso está integrado por diferentes actos administrativos iniciando con el de*

*convocatoria al proceso de selección y culminando con el de evaluación del periodo de prueba, se concluye que las convocatorias para proveer vacantes definitivas de empleos de carrera, iniciadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, deberán agotar el procedimiento conforme a las reglas previamente establecidas en la convocatoria y en las normas que le sirvieron de sustento, con el fin de garantizar seguridad jurídica a las entidades y a los aspirantes.*

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

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

*-En el contexto anterior, considera la Sala que, en principio, el fondo del debate suscitado escaparía a la órbita de decisión de los jueces constitucionales en sede tutela, al ser un asunto susceptible de ser ventilado y resuelto por el Juez Natural. Lo anterior, porque la solicitud de amparo en esencia, plantea la aplicación al caso concreto de la Ley 1960 de 2019, bajo una interpretación más beneficiosa para la accionante; mientras que las accionadas mantienen la*

posición relativa a que debe ser prevalente al acto administrativo que determinó las reglas del concurso, reglas que, en su criterio, no permiten usar la lista de elegibles para un número de cargos no ofertados, esto es, un uso extensivo de la lista.

-No obstante, tal como lo planteó la A Quo, este caso permite ser estudiado de fondo, en razón a que la lista o registro de elegibles es un acto administrativo de carácter particular que tiene por disposición legal, una vocación transitoria atendiendo su vigencia específica en el tiempo, vigencia que en el *sub lite* expiraba el 27 de junio de 2020, fecha para la cual la accionante había recurrido a la solicitud de amparo y la Jueza de primera instancia había impartido la orden impugnada, recurso que por disposición legal no impedía su obediencia. (Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991).

-La expiración del plazo se ubica en la fecha mencionada porque nada controvirtieron las accionadas frente a la suspensión de términos en los procesos de selección liderados por la CNSC, con ocasión a la emergencia sanitaria generada por COVID 19, y, en el infolio reposan los actos administrativos que en acatamiento a las medidas de aislamiento preventivo decretadas por el Gobierno Nacional, ordenaron dicha suspensión (v.g. Resolución 4970 de 2020 "Por medio de la cual la CNSC adopta medidas transitorias para prevenir y evitar la propagación de COVID 19"<sup>3</sup>, Resolución 5936 del 8 de mayo de 2020<sup>4</sup> por medio del cual se reanudan términos), razón por la que no es de recibo sin analizar este aspecto, acoger la simple afirmación de la parte pasiva, relativa a que la lista expiró en el mes de mayo de los corrientes.

---

<sup>3</sup> El artículo 1 de dicho decreto dispone: "Suspender los cronogramas y términos en los procesos de selección que adelanta la CNSC, incluidos aquellos atinentes a las reclamaciones, solicitudes de exclusión, expedición de listas y firmeza individual y general de listas, a partir del 24 de marzo y hasta el 13 de abril de 2020

<sup>4</sup> El artículo 2 de ese decreto ordena "... Reanudar a partir del 11 de mayo de 2020, los demás trámites administrativos y de vigilancia de la carrera administrativa de competencia de la CNSC..."

-Lo anterior resta idoneidad al medio ordinario pues obligar a la accionante que acuda al medio de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho le significaría peticionar derechos, al menos en la última hipótesis, con una lista de elegibles fenecida, lista en la que ocupa el primer lugar en la OPEC y ubicación territorial para la que se inscribió. Lo expuesto sumado al precedente arriba citado, permiten afirmar que este caso, la acción de tutela se erige como el único mecanismo que hace posible una protección eficiente de los derechos conculcados.

-Superado el requisito de subsidiariedad, también lo está el de inmediatez pues la vulneración ante la negativa de las accionadas de hacer uso de la lista en la que se encuentra la demandante para la provisión de cargos vacantes en el ICBF, mantiene en el tiempo la trasgresión de sus derechos.

-Clarificado lo anterior, la Sala recuerda que el acceso a la función pública está orientado por el principio del mérito que se materializa a través de la creación de sistemas de carrera y la provisión de las plazas de empleos de las entidades estatales mediante la realización de concursos de selección públicos, objetivos e imparciales, que permitan establecer la idoneidad, capacidad y potencialidad de los aspirantes a ocupar un cargo, a partir de la identificación de las aptitudes, suficiencias y destrezas que se requieren desde el punto de vista de las funciones asignadas y las necesidades del servicio, pues lo que se busca es que el Estado pueda *"contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública"*<sup>5</sup>

-Lo anterior, relleva la importancia que, en el seno de un proceso de selección, tiene el acto administrativo por el cual se abre la convocatoria,

---

<sup>5</sup>SU 446 de 2011.

pues es la norma rectora que obliga a todos los intervinientes, aspecto que ha servido de bastión a las accionadas para afirmar que el cargo ofertado a la accionante fue uno (1) y que al estar provisto en carrera según la misma lista de la cual hace parte, se agotó al menos en su caso, la finalidad del concurso.

-Sin embargo, en este asunto acaeció una situación particular, demarcada no solo por la revocatoria directa que se hizo en la Resolución No. CNSC - 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, del numeral 4 de todos los actos administrativos expedidos con ocasión a los nombramientos realizados en virtud de la Convocatoria 433 de 2016, sino también por la expedición posterior del Decreto 1479 de 2017, mediante el cual fueron creados para el cargo de Profesional Especializado, Código 2028, Grado 17, un total de 591 empleos; la promulgación de la Ley 1960 de 2019, y, el contenido del último Criterio Unificado que en virtud a la aplicación de esa Ley emitió la CNSC, el 16 de enero de 2020, contexto que además nos ubica en una **situación fáctica, disímil a la expuesta en la Sentencia SU 446 de 2011**, providencia en la que la Corte estableció en el caso analizado (nombramientos en la planta global de la Fiscalía General de la Nación) *"... Que las entidades públicas en cumplimiento del artículo 125 de la Constitución Política están obligadas a proveer únicamente las vacantes que se presenten en la respectiva entidad y que correspondan estrictamente a los cargos ofertados, respetando siempre el orden de su conformación"* y agregó *"Cuando esta Corporación afirma que la lista o registro de elegibles tiene por vocación servir para que se provean las vacantes que se presenten durante su vigencia, se está refiriendo a los cargos objeto de la convocatoria y no a otros, pese a que estos últimos puedan tener la misma naturaleza e identidad de los ofrecidos. En otros términos, el acto administrativo en análisis tiene la finalidad de servir de soporte para la provisión de los empleos que fueron objeto de concurso y no de otros. En consecuencia, si en vigencia de la lista se presenta una vacante, ésta se podrá proveer con ella si la plaza vacante fue expresamente objeto de la convocatoria que le dio*

MABG

origen. Los cargos que se encuentren por fuera de ésta, requerirán de un concurso nuevo para su provisión..."; criterio del que esta Sala se aparta según se acaba de explicar y conforme se continúa sustentado:

-En lo atinente a la citada Ley 1960, artículo 6° se plantean diferentes criterios de interpretación, siendo que esta Corporación en Sala Laboral y Sala Mixta ya adoptó un criterio que aquí se mantendrá, expresando en un caso similar a este que:

*"La Ley 1960 de 2019 entró a hacer parte del ordenamiento jurídico **cuando se encontraba vigente la lista de elegibles** para el cargo para el cual concursó la accionante, y en su artículo 6° numeral 4, regula con claridad que la lista de elegibles cubre las vacantes para las que se efectuó el concurso **y las que surjan con posterioridad a la convocatoria**, sin especificar ningún termino de vigencia y de aplicación, como si lo hizo el legislador con los encargos que reguló en el artículo 1° parágrafo 1° de la mencionada ley"* (Negrillas fuera de texto)<sup>6</sup>.

-La anterior postura tiene apoyo, además, en múltiples razones que, en sentir de la Sala, respetan la interpretación sistemática y finalista de los artículos 1, 13 40.7, 122, 125 y 130 de la C.P., así como la filosofía que inspira las citadas disposiciones constitucionales y en general, el acceso al servicio público por el sistema de carrera y no por clientelismo o favoritismo, además de la aplicación de los principios de eficiencia, celeridad y economía, último en el que se destacan los altísimos costos que le significan al Estado la convocatoria a concursos de méritos, y, la materialización de los principios de igualdad e imparcialidad y el cumplimiento de los fines del Estado.

---

<sup>6</sup> Sentencia de Segunda Instancia del 23 de Julio de 2020, Radicación 19001-3185-002-2020-00024-00, accionante Olga Lucía Chavarría Arboleda, Accionado ICBF y Otros, M.P. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz.

-Las citadas disposiciones constitucionales, además, deben ser entendidas y aplicadas de conformidad con diversos instrumentos que regulan el acceso a la función pública, entiéndase la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Artículo 21), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 23), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Artículo 4), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Artículo 7), entre otros.

-Nótese que aquí se está analizando el caso de una persona que ha superado un concurso de méritos diseñado de acuerdo a las necesidades de servicio del ICBF, que además creó más de 500 cargos con igual grado y denominación al que se sometió a concurso, por ende no se está disponiendo un mecanismo de ingreso automático, arbitrario o inconsulto, contrario a ello, solo se dispone acudir a un personal que se debe aceptar, según los fines del concurso, está capacitado y previamente evaluado satisfactoriamente frente al cumplimiento de las condiciones necesarias para su ejercicio.

-Asumir una posición contraria, antes que desarrollar el mandato de la carrera previsto expresamente en el referido artículo 125 de la Carta, lo contradice, pues, se estaría promoviendo la selección del personal al servicio del Estado por vías distintas a la del concurso de méritos, facilitando que, en la escogencia de trabajadores al servicio del ICBF, incidan factores de valoración que han sido proscritos por la propia Constitución y que resultan contrarios al Estado Social de Derecho.

-Además con la posición asumida por la Sala no se vulnera derecho alguno de los participantes, al contrario, se maximizan sus derechos y expectativas, sin privilegiar la forma de la convocatoria sobre su objetivo y en últimas sobre la utilidad sustancial que debe tener ese acto administrativo. En este lineamiento la Sala exalta lo expresado en Sentencia C - 319 de 2010 en cuya parte motiva se consignó: "... La

MABG

*única forma de ingresar a la carrera administrativa, es decir, a ocupar un cargo público en propiedad, es mediante la superación de un concurso público de méritos. En otras palabras, un nominador no puede contar con la facultad de decidir si hace nombramientos en propiedad en relación con personas que han superado un concurso de méritos."*, expresando incluso para el caso ahí analizado (nombramientos en la Defensoría) que las listas debían ser utilizadas para cargos convocados y otros que surgieran durante su vigencia. Corolario de lo anterior, la discusión aquí planteada, debe resolverse en favor de la accionante, confirmando la decisión de la A Quo, quien ordenó la protección de sus garantías fundamentales, **pero bajo la aclaración de que, surtidos los trámites ordenados al ICBF y a la CNSC, el nombramiento de la accionante sólo se puede producir si en estricto orden de mérito ello es procedente, conforme al cargo para el cual concursó.**

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, SALA CIVIL-FAMILIA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**CONFIRMAR** la Sentencia impugnada, advirtiéndole que el nombramiento de la accionante, señora ELIUD VELASCO GOMEZ, solo se puede producir si **en estricto orden de mérito** ello es procedente, conforme al cargo para el cual concursó.

Notifíquese y envíese a la Corte Constitucional para una eventual revisión.

Los magistrados,



**MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES**



**JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA**



**DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN**

(Con Salvamento de Voto)

## TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN



### **-Sala No. 2 de Asuntos penales para Adolescentes-**

Magistrada Ponente

**MARÍA CONSUELO CÓRDOBA MUÑOZ**

Popayán, Julio veintitrés (23) de dos mil veinte (2020)

### **1. OBJETO DE LA DECISIÓN**

Se decide la impugnación presentada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil, contra el fallo de tutela No. 029 del 17 de junio de 2020, proferido por el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes del Circuito de Popayán, Cauca, por medio del cual, se ampararon los derechos al trabajo, debido proceso, acceso a cargos públicos, igualdad, mínimo vital y móvil de la accionante OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA, trámite donde se vinculó de manera oficiosa al ICBF Regional Cauca, al profesional Yon Gelber Borda Álvarez y a los terceros interesados.

### **2. ANTECEDENTES**

#### **2.1. Supuestos fácticos**

Los sintetizó el Juez Unipersonal de la siguiente forma:

*“La accionante solicita se protejan los derechos reclamados y en consecuencia se ordene a las accionadas, cumplan lo ordenado en los artículos 6 y 7 de la ley 1960 de 2019 y se autorice y use la lista de*

elegibles contenida en la resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018 y procedan a su nombramiento en el cargo código OPEC 39066, denominado Profesional Especializado, código 2028, grado 17 del sistema general de carrera administrativa del ICBF, expidiendo los actos administrativos de nombramiento y posesión, en una de las 591 vacantes definitivas, creadas por el Decreto 1479 de 2017, toda vez que participó en la convocatoria No. 433 de 2016, convocada por el ICBF y la CNSC, inscribiéndose para el cargo referenciado, **para proveer dos (2) cargos en la Regional Cauca**. Informa que la lista de elegibles quedó conformada y en firme con la Resolución No. 20182020074485 del 18 de julio de 2018 expedida por la CNSC, quedando en lista de elegibles nueve (9) profesionales, ocupando la accionante el tercer lugar.

El 22 de noviembre de 2018 la CNSC expidió la Resolución No. 20182230156785, que revocó el artículo 4 de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles de la convocatoria 433 de 2016, situación que impidió que el ICBF pudiera utilizar las listas de elegibles contenida en la Resolución No. 20182020074485 del 18 de julio de 2018, en la cual ella ya se encontraba en el primer lugar de elegibilidad, en atención a que las dos primeras participantes, ya habían sido nombradas mediante resoluciones No. 10709 y 10710 del 17 de agosto de 2018.

Luego el gobierno nacional expidió el Decreto No. 1479 de 2017, "por el cual suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del ICBF", creando 591 cargos permanentes, cuya denominación fue de Profesional especializado código 2028, grado 17, similares al que optó en la convocatoria 433 de 2016 y que dichos cargos debían proveerse siguiendo el procedimiento establecido en la ley 909 de 2004.

El 27 de junio de 2019 se expidió la Ley 1960 que modificó la ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998, en cuyo artículo 6 establece: El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes definitivas de cargos equivalente no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad".

El 1 de agosto de 2019 la CNSC expidió el: Criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019", adoptando la siguiente postura: "Las listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la Ley 1960, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria. De otra parte, los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la ley 1960 de 2019, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas las reglas previstas para las listas de elegibles. En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad

*únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada.”*

*Asevera que antes de presentar esta acción, solicitó al ICBF, entre otros puntos, información sobre los cargos a nivel nacional existentes por proveer, y obtuvo respuesta con oficio del 20 de marzo de 2020, recibido en su correo electrónico el 2 de abril siguiente, y le informan que en la Regional Cauca, sede Popayán, existe una vacante definitiva con el mismo código y grado al que ella participó, la cual está ocupada de forma provisional y además le informan las demás vacantes existentes a nivel nacional, por tanto se deben agotar etapas administrativas y financieras por parte del ICBF y la CNSC, sin que sea posible realizar ningún acto antes de su agotamiento.*

*En un segundo derecho de petición presentado (sic) el 29 de abril de 2020, solicita se realice el nombramiento en el cargo vacante por ocupar en la actualidad el primer lugar de la lista de legibles o se le nombre en uno de los cargos creados con el Decreto 1479 de 2017 en cualquier ubicación geográfica, empero no ha obtenido respuesta alguna, pese a que acusaron recibido en la misma fecha de envío, es decir el 29 de abril de 2020.*

*Para soportar sus argumentos, adjuntó dos sentencias de tutela por hechos similares, que fueron fallados en favor de los accionantes. Así mismo, el 12 de junio de 2020, a las 6:51 de la tarde, el accionante remite al correo institucional, escrito de ampliación de tutela, anexando copia de fallo de segunda instancia de fecha 9 de junio de 2020 del Tribunal Superior de Popayán–Sala Laboral, que confirma la sentencia de primera instancia propuesta por Ángela Cecilia Astudillo Montenegro, contra las mismas entidades accionadas en esta tutela.*

*Como pretensión: Solicita la protección de los derechos al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso cargos públicos y se ordene al ICBF y a la CNSC que en el término de 48 horas siguientes al fallo de esta acción, realicen los trámites administrativos y se dé cumplimiento a lo ordenado en los arts. 6° y 7° de la ley 1960 de 2019 y se autorice y use la lista de elegibles de la Resolución No 20182020074485 del 18 de julio de 2018 de la CNSC por la cual proveyeron 2 vacantes del empleo identificado con el código OPEC 39066, denominado profesional 3 especializado, código 2028, grado 17 del sistema general de carrera administrativa del ICBF y se proceda a expedir el acto administrativo que la nombre y posea en carrera administrativa, en una de las 591 vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017, y evitar un perjuicio irremediable.*

### **3. DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA**

Se trata del fallo dictado el 17 de junio de 2020, proferido por el **JUZGADO SEGUNDO PENAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE POPAYÁN CAUCA**, que resolvió:

**“PRIMERO:** DECLARAR PROCEDENTE la acción de tutela presentada por OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA que se identifica con CC No. 31.490.902 de Zarzal, Valle, contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC-.

**SEGUNDO:** TUTELAR los derechos fundamentales al Debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos a favor de OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA.

**TERCERO:** ORDENAR al ICBF que: (i) dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes de notificada esta decisión, proceda a registrar las vacantes creadas con el Decreto 1479 de 2017 y respecto del registro de elegibles contenido en la Resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018, cargos Código OPEC N° 39066 denominado Profesional especializado, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF, en el SIMO y expida el correspondiente Certificado de disponibilidad presupuestal, solicitando a la CNSC el uso de listas con cobro, sin que pueda exceder de ocho días 14 calendario. (ii) La CNSC una vez el ICBF cumpla con lo anterior, procederá a elaborar y autorizar el uso de la lista de elegibles dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento para optar y una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los cinco (5) días siguientes al ICBF que deberá nombrar a la aspirante dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo de las listas, observando en todo caso el estricto orden de mérito. Se insta a las accionadas, que obren con total diligencia, y de manera coordinada, dado que el término de vigencia de la lista de elegibles del concurso de méritos de la convocatoria 433/16, fenece en el mes de Julio del corriente año, sin que sea de recibo que por trámites de orden burocrático, las expedición de los actos respectivos superen la fecha límite de su vigencia.

**CUARTO:** DESVINCULAR al ICBF Regional Cauca, en el entendido de que las decisiones atinentes al tema que nos ocupa, está centralizado en la Sede Nacional, en cabeza de su Directora. De igual manera, se procederá con el profesional Yon Gelber Borda Álvarez, por las consideraciones precedentes.

**QUINTO:** NOTIFÍQUESE a las partes y vinculado la presente decisión, a los correos electrónicos suministrados por aquellos.

**SEXTO:** *Si esta decisión no fuere impugnada dentro de los tres días siguientes a su notificación, se remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión”.*

Como fundamento de la decisión, luego de superar el análisis de los requisitos de procedibilidad de la demanda, se precisó, que es indudable que se trata de una vacante definitiva de un cargo para el que concursó la accionante, que surgió con posterioridad a la convocatoria, y la peticionaria está en el derecho de que se le nombre en cualquiera de los nuevos cargos similares al que concursó, sin que la norma haga alusión a que solo aplica para aquellos registros de elegibles posteriores a su vigencia.

Una tesis distinta implica un abierto desconocimiento del debido proceso. Igualmente se debe tener en cuenta que el registro de elegibles, como acto administrativo, tiene como finalidad, establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración y su desconocimiento acarreará consecuencias adversas a quienes lo desconozcan.

Se apoyó en tutelas de iguales características, proferida, una el 18 de noviembre de 2019 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, que revocó la emitida por el Juzgado veintiuno administrativo oral de Cali *-en contra de las mismas accionadas-*, decisión que amparó el derecho de aquellos integrantes que hacían parte del registro de elegibles, contenido en la Res. CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018. Y la otra, de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Popayán, que, en reciente providencia del 9 de junio de 2020, confirmó la decisión de 28 de abril de 2020 del Juzgado Segundo Laboral de esta capital, radicado No. 190013105002202000072, accionante Ángela Cecilia Astudillo Montenegro contra el ICBF y la CNSC, en hechos y pretensiones de similar connotación, decisiones que reposan en el trámite constitucional.

Ahora, pese a que la accionante no invocó, entre los derechos pretermitidos, el de petición, el Despacho percibió que este se encontraba vulnerado por parte del ICBF, al no ofrecer hasta la fecha, respuesta clara, de fondo y oportuna a la petición presentada por la accionante **el 29 de abril de 2020**, empero, por la posición ofrecida en sede de tutela, a buen seguro la respuesta sería negativa, de suerte que la susodicha omisión, se subsana con la decisión que se tomó.

#### **4. RAZONES DE IMPUGNACIÓN**

La Comisión Nacional del Servicio Civil, presenta su desacuerdo con la decisión, bajo los siguientes argumentos:

La CNSC expidió el Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, *“Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carreras Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF”*. Consultado el Sistema de apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – SIMO, se logró constatar que la señora *Olga Lucia Chavarría Arboleda*, identificada con cédula de ciudadanía No. 31490902, concursó con el ID 33572431, en la Convocatoria 433 de 2016 - ICBF, **para el empleo del nivel Profesional, identificado con el código OPEC No. 39066, denominado Profesional Especializado, código 2028, grado 17**, quien agotadas las fases del concurso ocupó la tercera (3) posición con 75.58 puntos, en la Lista de Elegibles conformada mediante la Resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018, *“Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC 39066, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar,*

Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF", que adquirió firmeza el 31 de julio de 2018, con vigencia hasta el 30 de julio de 2020.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 del Acuerdo de Convocatoria, la CNSC remitió al ICBF, el mencionado acto administrativo, para que procediera a realizar los nombramientos de aquellos elegibles que ocuparon una posición meritoria en la lista, conforme el número de vacantes ofertadas para esa OPEC en estricto orden de mérito.

Como quiera que para el empleo en mención se ofertaron dos (2) vacantes, las elegibles que adquirieron el derecho a ser nombradas en período de prueba para el empleo, fueron las aspirantes que ocuparon los primeros dos lugares en la Lista de Elegibles. Como se observa, la accionante ocupó la tercera (3) posición, razón por la cual, no es posible que se realice su nombramiento, pues queda claro que no ocupó una posición meritoria en cuanto al número de vacantes ofertadas en el empleo. En ese sentido, se precisa que el empleo identificado con el código OPEC No. 39066 se encuentra provisto.

Aduce la Comisión Nacional del Servicio Civil, que le resulta extraña la decisión de instancia, sustentada en la existencia de una vacante que aparentemente corresponde al mismo empleo al que se inscribió la tutelante, porque en virtud de lo dispuesto en el Criterio Unificado sobre "*Listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019*", el cual señala, que "(...) las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la

respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos”.

Entendiéndose como mismo empleo, aquel con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, circunstancia que no se encuentra acreditada en el plenario respecto de la vacante existente en el Municipio de Popayán.

En consecuencia previo a proceder con la solicitud y respectiva autorización de uso de la Lista de Elegibles, el Instituto Colombiano del Bienestar Familiar – ICBF, habrá de efectuar estudio de igualdad a fin de establecer que el empleo que se pretende proveer cumpla con los requisitos de mismo empleo señalados en el párrafo que antecede, a efectos de garantizar el cabal cumplimiento del principio del mérito en un acucioso estudio orientado al logro de la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio.

Tan es así que, consultado el aplicativo SIMO, se logró corroborar que el ICBF, no ha reportado vacantes del empleo identificado con el código OPEC No. 39066, razón por la cual, no es aplicable el criterio unificado de uso de listas, pues no es posible realizar un nombramiento respecto de un empleo inexistente bajo el escenario de la ley 1960 de 2019, es decir, no ha identificado que la vacante referida en la decisión de instancia no corresponde al “mismo empleo”.

Ahora bien, en uso de las facultades que la Constitución otorga al Congreso, se expidió la Ley 1960 de 2019, que introdujo un cambio de postura en relación con la utilización de las listas de elegibles, a efectos de proveer las plazas vacantes en las entidades públicas, que pertenecen al régimen general de carrera administrativa.

El objeto del disenso de esta Comisión Nacional recae, principalmente, en el ámbito temporal de aplicación de la Ley 1960 de 2019, pues en el presente asunto no se cumplen los criterios de uso de listas para que se aplique dicha Ley, como quiera que esta normativa impone que se usen las Listas de Elegibles que se encuentren vigentes, para proveer todas las vacantes definitivas de un determinado empleo público, sin que tenga relevancia si ellas se ofertaron a través de la convocatoria con la cual se conformó dicha lista, o no. Es decir, y en punto de identificar si existe la vulneración a la que se refiere la acción de tutela, es menester establecer si se puede aplicar la referida ley a vacantes que se presentaron con posterioridad que no se traten de los mismos empleos, conforme a las pautas jurisprudenciales que la misma Corte Constitucional ha definido, en relación con la prohibición de utilizar la ley en forma retroactiva, o la de aplicar en forma retrospectiva, o ultractiva, una norma jurídica.

Para que se aplique una norma nueva a los efectos de un hecho acaecido previamente a su vigencia se debe autorizar expresamente tal aplicación so pena de estar desconociendo la prohibición de aplicación retroactiva de la ley. En lo relativo a la aplicación de la ley procedimental se observa, prima facie, el principio del efecto general inmediato. Así las cosas, todos los actos que se juzguen a partir de la vigencia de la ley procesal deberán regirse por la ley nueva, a menos que se trate de una ley procesal sustantiva, caso en el cual debe respetarse el criterio de aplicación de la norma más favorable.

Puede suceder que una ley que es nominalmente procedimental contenga artículos de carácter no procesal, sino sustantivo. En este caso, a las normas procedimentales se les aplicará el efecto general inmediato, incluso sobre actos previos a la expedición de la ley.

No obstante, las normas sustanciales contenidas en la ley procedimental no podrán cobijar hechos previos a su vigencia, así éstos sean juzgados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley procedimental.

Puede afirmarse que la regla general en relación con los efectos de la ley en el tiempo es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia. De suerte que, si una situación jurídica se ha consolidado completamente bajo la ley antigua, no existe propiamente un conflicto de leyes, como tampoco se da el mismo cuando los hechos o situaciones que deben ser regulados se generan durante la vigencia de la nueva ley.

La necesidad de establecer cuál es el marco normativo que debe regir un determinado asunto, se presenta cuando un hecho tiene nacimiento bajo la ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva, o cuando se realiza un hecho bajo la ley antigua, pero la nueva señala otras condiciones para el reconocimiento de sus efectos.

La fórmula que surge del mencionado artículo 58 Superior para solucionar estos conflictos, como ya se dijo, es la de exigir el respeto por el principio de irretroactividad de la ley, pues a través de él se garantiza que se respeten los derechos legítimamente adquiridos bajo la ley anterior, sin perjuicio de que se afecten las meras expectativas.

Esta regla opera bajo la excepción expresa que se prevé en el artículo 29 de la Carta, en la que se permite la aplicación retroactiva de las leyes penales que sean favorables para el sindicado o el condenado.

Ahora bien, cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no estén consolidadas ni que hayan dado lugar al surgimiento de derechos adquiridos al momento de entrar en vigencia la nueva ley, ella entra a regular esas situaciones en el estado en que se encuentren, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua. Este fenómeno se conoce con el nombre de retrospectividad.

Precisamente, en la Sentencia T-389 de 2009, se puntualizó que, por regla general, el efecto en el tiempo de las normas es el de la aplicación inmediata y hacia el futuro, *“pero con retrospectividad, (...) siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal (...)”*. De este modo, *“aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado, es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma”*.

Con base en los anteriores argumentos, es posible considerar que si bien la modificación al procedimiento de provisión de cargos que se contiene en la citada Ley 1960 de 2019, constituye la entrada en vigencia de una norma de carácter procedimental, lo cierto es que tiene la virtualidad de crear diferentes estatus y derechos con respecto de quienes podrían participar en futuras convocatorias para proveer a través del mérito, vacantes definitivas de cargos públicos. Entonces, como se trata de una norma que posee un sentido sustantivo en relación con quienes podrían participar en los mencionados procesos de selección, su aplicación se realizará con respeto al carácter consolidado de las situaciones anteriores a su vigencia, en este caso, aquellos que se desprenden de la convocatoria de 2016.

De esta manera, en tanto no se demostró que la ausencia de aplicación de la Ley 1960 de 2019 en el caso de la demandante,

constituya vulneración alguna de sus derechos fundamentales, la acción se torna improcedente, al no existir objeto a proteger.

Finalmente, es válido señalar que, a la luz de una detallada revisión de las probanzas allegadas, se puede concluir que no tienen la virtud de acreditar los supuestos del perjuicio irreparable al que pudiera verse enfrentada la tutelante, circunstancia que funge como requisito sine qua non para ejercitar el presente instrumento jurídico procesal de carácter constitucional, a fin de cuestionar actos de naturaleza administrativa, así, en punto del problema jurídico surge diáfano que la acción de amparo no cumple con el presupuesto de subsidiariedad, de tal manera que, no sería posible adentrarse al fondo de la controversia para verificar si la negativa de realizar uso de Listas de Elegibles para proveer nuevas vacantes, quebrantó los derechos fundamentales de la accionante.

### **El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF.**

Solicitó la accionada, se REVOQUE la sentencia de primera instancia, del 17 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento – Popayán, Cauca, en el marco de la acción de tutela de la referencia. En su lugar, se DECLARE IMPROCEDENTE, por no cumplir los requisitos de: (i) trascendencia iusfundamental del asunto; (ii) subsidiariedad y perjuicio irremediable y, subsidiariamente, sea NEGADA, al no advertirse violación de derechos fundamentales por parte del ICBF.

Si bien, el Juzgado encontró que se reúnen todos los elementos de procedencia de la tutela, ya que la accionante propuso la acción dentro de un término razonable, señalando además que otro mecanismo judicial en estos momentos no resultaría idóneo o eficaz

debido a la suspensión de términos judiciales, por las circunstancias imperantes de la emergencia sanitaria. En razón a lo anterior, adujo que debido a que el término de duración del registro de elegibles está próximo a fenecer -julio de 2020- se le impediría acceder al empleo público y por ende, se derivaría un perjuicio irremediable. En concreto, el a quo resolvió tutelar los derechos al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos, ya que para el operador judicial se configura una omisión por parte del ICBF en aplicar el artículo 6º de la ley 1960 de 2019, con el argumento de que esta ley no tiene carácter retroactivo.

Al respecto, el ICBF debe precisar que: (i) el juez no aplicó el principio de rigurosidad del precedente para determinar la procedencia de la tutela, pues existen fallos de la Corte Constitucional que tratan problemáticas de las fases de los concursos, más no de actos posteriores a la expedición de las listas de elegibles, que son los actos que concluyen toda la fase de selección; (ii) el ICBF no se opone al uso de la lista de elegibles en aplicación del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, empero es necesario seguir el procedimiento establecido en el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, emitido por la CNSC y la reglamentación pertinente, tal y como se ha venido adelantando por parte del Instituto.

Por lo anterior, de conformidad con el informe emitido por la Dirección de Gestión Humana, se informa que en el ICBF en la actualidad, NO existen vacantes definitivas en la Regional Cauca que cumplan con los parámetros establecidos en el Criterio Unificado de la CNSC expedido el 16 de enero de 2020 en relación con la OPEC 39066. Pues si bien es cierto, en comunicación remitida a la accionante se informó que existían dos vacantes se aclaró que las dos vacantes señaladas en la imagen no cumplen con los parámetros establecidos en el Criterio

Unificado de la CNSC para la OPEC 39066, en razón a que la vacante provista mediante nombramiento provisional en el C.Z. Popayán corresponde al perfil de Psicología, es decir que los requisitos y funciones son diferentes a la OPEC a la cual se presentó.

De igual forma, para el empleo ubicado en el Grupo de Asistencia Técnica de la Regional Cauca, se realizó nombramiento provisional en cumplimiento de una orden judicial, razón por la cual y para dar cumplimiento a ella, fue necesario trasladar temporalmente dicha vacante, sin embargo, la vacante pertenece a la Regional Valle – Grupo de Protección y debe ser provista en esta regional, tal y como señala el Parágrafo Segundo del artículo primero de la Resolución 14620 de 2018. El ICBF argumentó que no había trascendencia del asunto, pues no estaba en discusión alguna irregularidad en el proceso del concurso, en tanto, la lista de elegibles había sido proferida y fueron nombrados quienes ocuparon los primeros dos (2) lugares de elegibilidad; contrario a los casos en los que la Corte ha establecido la especial protección de los derechos en sede de tutela, que se han presentado antes de la emisión de la lista de elegibles.

La acción de tutela deviene improcedente, por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, así como de subsidiariedad y perjuicio irremediable, puesto que: (i) Ya se publicó la lista de elegibles y esta adquirió firmeza el 31 de julio de 2018, la cual se conformó para proveer dos (2) vacantes y en dicha lista la actora ocupó la posición número 3; (ii) La actora no cuestiona la conformación de dicha lista sino actuaciones que surgieron con posterioridad a ella, específicamente el hecho de que no se haya efectuado inmediatamente su nombramiento en aplicación del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019; (iii) En el fondo, la accionante ataca un acto de carácter general, proferido por la CNSC, denominado “Criterio

unificado sobre el uso de listas de elegibles a la luz de la Ley 1960 de 2019” del 16 de enero de 2020, el cual se encuentra en firme y se presume su legalidad.

Adicionalmente, conviene resaltar que el Consejo de Estado ha declarado la improcedencia de la acción de tutela cuando se alegan irregularidades dentro de un concurso de méritos, una vez se encuentra publicada la lista de elegibles, evento en el cual proceden los medios de control del CPACA y las medidas cautelares que garantizan la idoneidad de dichos recursos judiciales. En este sentido, el ICBF advierte que no se puede afirmar de manera general y descontextualizada que la acción de tutela es procedente siempre que exista un concurso de méritos o listas de elegibles, pues las controversias que pueden suscitarse en dichos ámbitos son de diversa naturaleza y las particularidades de cada caso ameritan un estudio específico.

La OPEC No. 39066 ofertada dentro de la Convocatoria 433 de 2016, para la cual participó la actora y de cuya lista de elegibles hace parte, NO existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC. Si bien, en comunicación remitida a la accionante se informó que existía una vacante definitiva en la Regional Cauca con nombramiento provisional en cumplimiento de una orden judicial, dicha vacante pertenece a la Regional Valle – Grupo de Protección razón por la cual su provisión definitiva se debe realizar en la Regional Valle.

En conclusión, el ICBF ha dado aplicación a la Ley 1960 de 2019 y al Criterio Unificado emitido sobre esa norma por la Comisión Nacional del Servicio Civil el 16 de enero de 2020, sin que sea posible en el

marco de esa norma usar la lista de elegibles a la que pertenece la accionante por no contar con vacantes equivalentes.

Vulneración del derecho a la igualdad. Respecto de la vulneración al derecho fundamental de igualdad, la jurisprudencia constitucional ha establecido una guía metodológica para establecer si un trato desigual tiene justificación a la luz del ordenamiento constitucional, conocido como el test de igualdad, el cual tampoco se adecua.

## **5. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

A la Sala le asiste competencia funcional para conocer del presente asunto, por tratarse de la impugnación de un fallo emitido por un Juzgado del Circuito.

**5.1 PROBLEMA JURÍDICO:** ¿Las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la señora OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA, al negar el nombramiento en un cargo igual a aquel para el que concursó, que se encuentra vacante, está de primera en la lista de elegibles vigente, por la omisión de aplicar la prórroga de la lista de elegibles, conforme a lo previsto en la Ley 1960 de 2019?

### **5.2 REQUISITOS DE LEGITIMACIÓN, INMEDIATEZ Y SUBSIDIARIDAD.**

Antes de responder el interrogante la Sala realizara el análisis de la procedencia de la acción de tutela, **bajo los requisitos de legitimación, inmediatez y subsidiaridad.**

De conformidad con lo descrito en el artículo 86 de la Carta Política y el Decreto 2591 de 1991, la legitimación tanto por activa como pasiva<sup>1</sup> se cumple en el presente caso, pues ella se tiene por toda persona para reclamar ante los Jueces la protección de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quieran que resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad, y en este caso la accionante considera que se le han desconocido derechos fundamentales, por parte de la autoridad demandada, que entonces soporta la presunta vulneración que se le enrostra. Dice la parte actora, que la entidad accionada le viola los derechos fundamentales, al no proceder a realizar las actuaciones administrativas tendientes a efectuar los respectivos nombramientos y posesión en el cargo de Profesional Especializado.

La tutela tiene dos particularidades esenciales a saber: **la subsidiariedad y la inmediatez**; la primera, por cuanto sólo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable, y la segunda, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso administrar la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental sujeto a vulneración o amenaza, por lo que el Juez debe evaluar en cada caso la razonabilidad y proporcionalidad del tiempo transcurrido entre la situación de la cual se predica que genera la vulneración y la fecha de presentación de la demanda.

**El requisito de la inmediatez se cumple**, en este caso, pues la demanda de tutela se presentó en el mes de junio de 2020, y los hechos a partir de los cuales se aduce se genera la violación de los

---

<sup>1</sup> De conformidad con el Artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, “La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2o. de esta ley”. CP, art 86º; D 2591/91, art 1º.

derechos deprecados tienen su génesis en los derechos de petición del 20 de marzo y 29 de abril de 2020, fecha desde la cual, se explica entonces, un lapso de tiempo razonable para interponer la presente acción de tutela.

**La Subsidiaridad:** Reiterada es la línea jurisprudencial, que indica que la tutela fue consagrada con la finalidad de garantizar la efectiva protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos ante su violación o amenaza por parte de cualquier servidor público o de un particular en los casos establecidos en la ley, así cuando el juez constitucional encuentra que se ha vulnerado algún derecho fundamental, debe entrar a protegerlo, ordenando las actuaciones correspondientes para la salvaguarda del mismo; con todo, si encuentra que, dentro del ordenamiento jurídico existen otros medios judiciales eficaces para la protección de derechos fundamentales, el amparo constitucional se torna improcedente para lograr su efectiva protección, como quiera que la acción de tutela tiene el carácter de subsidiario, **el cual solo es excepcional cuando se esté en presencia de un perjuicio irremediable que no de espera a arduos trámites administrativos o judiciales.**

Así las cosas, por regla general la acción de tutela no procede frente a aspectos relacionados a los concursos de mérito, sin embargo, y entendiendo que la pretensión de la accionante no se dirige a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, pretensión para la cual puede acudir a los medios de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues contrario a lo esbozado por la accionada, lo que pretende demostrar la Ciudadana es que la no aplicación o la falta de cumplimiento del acto administrativo (lista de elegibles), el cual se encuentra en firme y de la que hace parte, ha vulnerado sus derechos

fundamentales, por ende, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la acción de tutela, para casos como el que hoy ocupa la atención de la Sala, es el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera, de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles por los concursos de mérito, frente al tema ha manifestado:

*“... existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos.”<sup>2</sup>.*

De igual forma, sobre la naturaleza de la Lista de Elegibles, ha expresado la Alta Corporación referida:

*“las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme. Igualmente se ha establecido de manera pacífica que las bases del concurso se convierten en reglas particulares que obligan tanto a los participantes como a la entidad convocante razón por la cual deben ser respetadas y resultan inmodificables. De lo contrario, esto es, cambiar las reglas que han generado confianza legítima en quienes participan, conduciría a la ruptura del principio de la buena fe y atentaría contra la igualdad, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad, todos ellos principios que ineludiblemente rigen la actividad administrativa.”<sup>3</sup>*

Además de lo anterior, la Corte señaló que la acción de tutela era procedente, cuando la persona que pretende acceder al cargo para el

---

<sup>2</sup>Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002.

<sup>3</sup>Sentencia T-112A/14.

cual participó en un curso de méritos, se ve expuesta al riesgo de que el registro o la lista de elegibles pierda vigencia y, como consecuencia de ello, no pueda garantizarse la protección de su derecho por las vías judiciales existentes, lo que generaría un perjuicio irremediable, que en este caso vistas las calendas, fue debidamente valorado por el Juez unipersonal y, en ese sentido se dio por superado tal requisito.

De otro lado, no puede perderse de vista que el derecho de acceso a cargos públicos, consagrado en el numeral 7º del artículo 40 de la Constitución Política, ha de ser garantizado a la accionante, pues la hermenéutica de tal disposición es favorecer a la persona contra las decisiones estatales que de manera arbitraria le impidan acceder a un cargo público, o a no ser desvinculado de manera grosera del mismo, o que por razones ajenas a la ley se le impida el ejercicio de sus funciones.

### **5.3 DEL CASO CONCRETO:**

En el caso puesto a consideración, la ciudadana Olga Lucía Chavarría se presentó a la convocatoria 433 de 2016, del I.C.B.F. para el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO COD 2028, GRADO 17 OPEC 39066, para el cual, con RESOLUCIÓN NO. 4500 de 20 de mayo de 2016 creó el "*Anexo Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los Empleos de la Planta de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*", cuyo propósito principal es "*Brindar asistencia técnica y profesional en el desarrollo y seguimiento a las políticas, programas, proyectos, procesos y procedimientos de la Dirección General, velando porque se cumplan los objetivos y misión de la Institución y sus FUNCIONES ESENCIALES son:*

- 1. Brindar asistencia técnica y/o asesoría para el diseño y desarrollo de la política institucional del área, la formulación y el desarrollo de los planes, programas y proyectos propios de la dependencia de acuerdo con protocolos institucionales y en los tiempos establecidos.*

2. *Realizar y controlar las bitácoras de compromisos de los comités de dirección, tácticos, viajes y reuniones externas o internas del Director General, según procedimientos establecidos.*
3. *Brindar la atención y gestión con entidades conjuntamente con los asesores de la Dirección General, según procedimientos establecidos.*
4. *Gestionar las relaciones estratégicas con actores públicos y privados de los niveles internacional, nacional, regional y local teniendo en cuenta prioridades institucionales y políticas.*
5. *Apoyar la coordinación y comunicación con otras entidades del orden nacional y territorial, con el fin de garantizar el desarrollo eficiente de las políticas, planes, programas y proyectos de interés para el sector.*
6. *Gestionar la celebración y ejecución de los convenios que adelante la Entidad con otras entidades del orden Nacional e Internacional, de acuerdo a las directrices impartidas para este fin.*
7. *Ejecutar acciones para promover la articulación del Sector Administrativo de Inclusión Social y Reconciliación con las autoridades nacionales y/o territoriales, para la eficiente implementación de políticas, planes, programas, estrategias y proyectos.*
8. *Realizar investigaciones, diagnósticos y estudios que le sean asignadas de acuerdo con las necesidades de la Entidad.*
9. *Asistir en representación del Instituto a reuniones, consejos, juntas, comités y eventos de carácter oficial por delegación del Director General.*
10. *Preparar informes con destino a los entes de control, de acuerdo a las solicitudes realizadas.*
11. *Las demás funciones que sean asignadas por la autoridad competente y que tengan relación directa con la naturaleza del cargo y el área de desempeño.*

Individualizado el cargo para el cual concursó la peticionaria en la regional Cauca, la Colegiatura, tiene claro que la lista de elegibles es un acto administrativo de carácter particular, creador de derechos, que impone a la administración la forma como ha de proveer los cargos que fueron objeto de concurso; así lo precisó la Corte Constitucional, en la sentencia T-402 de 2012: “*En el caso en estudio la lista de elegibles, en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58 superior (...)*”.

En virtud de lo anterior, y con el marco jurisprudencial que sirve de sustento a esta decisión, la accionante tiene un derecho adquirido, y la confianza legítima de ser nombrada en el cargo para el cual concursó y al cual opciónó, porque para ello fue incluida en la referida lista que se agotó con las dos primeras concursantes pues se encontraba en el puesto No. 3, para el cual cumplió y superó todas las etapas establecidas y, la Ley 1960 de 2019 entró a hacer parte del ordenamiento jurídico cuando se encontraba vigente la lista de elegibles para el cargo para el cual concursó la accionante, y en su artículo 6º numeral 4, regula con claridad que la lista de elegibles cubre las vacantes para las que se efectuó el concurso y las que surjan con posterioridad a la convocatoria, sin especificar ningún término de vigencia y de aplicación, como si lo hizo el legislador con los encargos que reguló en el artículo 1º párrafo 1º de la mencionada ley.

Y es que, en relación con los concursos de méritos, para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos la Corte Constitucional ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, debido proceso y acceso a los cargos públicos. En algunas ocasiones los medios ordinarios no resultan idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en concurso para acceder a cargos de carrera<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Sentencia T 112 A de 2014.

En la sentencia C-010 de 1.995 reiterada en la SU-913 de 2009; se explicó cada una de esas fases, las que por demás fueron recogidas por el legislador en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Así:

*"1. **convocatoria**...es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes. (subrayas Juera de texto). 2.- **Reclutamiento**. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso. 3.- **Pruebas**. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos. La valoración de estos fue/ores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad. 4.- **Listas de elegibles**. Con los resultados de las pruebas...se elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con ésta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se ejecutó el concurso. 5.- **Período de prueba**. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento. "Aprobado dicho período, al obtener evaluación satisfactoria, el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente".*

En consecuencia, la obligación del Estado en cumplimiento del artículo 125 Constitucional es convocar a concurso público cuando se presenten vacantes en los cargos de carrera, con el objeto de cumplir la regla de la provisión por la vía del mérito y los principios que rigen la función pública, artículo 20 de la Constitución, específicamente los de igualdad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad, en donde la lista de elegibles producto de ese concurso tiene una validez en el tiempo que, por regla general, es de dos años, para que en el evento de vacantes en la entidad se puedan proveer de forma inmediata sin necesidad de recurrir a nombramientos excepcionales como lo son el encargo o la provisionalidad. La conformación de la lista de elegibles,

así entendida, genera para quienes hacen parte de ella, -un derecho de carácter subjetivo, que consiste en ser nombrado en el cargo para el que concursó, cuando el mismo quede vacante o esté desempeñado por un funcionario o empleado en encargo o provisionalidad. En ese sentido, la consolidación de este derecho "se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer".

La regla general para acceder a los cargos de la Administración pública es el CONCURSO PUBLICO (*inciso 2º del artículo 125 de la Carta Política*):

*"El concurso es el mecanismo considerado idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, apartándose en esa función de consideraciones subjetivas, de preferencias o animadversiones y de toda influencia política, económica o de otra índole.*

*La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado. "Así concebida la carrera, preserva los derechos al trabajo, a la igualdad y al desempeño de funciones y cargos públicos, realiza el principio de la buena fe en las relaciones entre las personas y el Estado y sustrae la actividad estatal a los mezquinos intereses de partidos políticos y grupos de presión que antaño dominaban y repartían entre sí los cargos oficiales a manera de botín burocrático" <sup>5</sup>*

En el sub lite, se acreditó que la accionante concursó para el empleo de nivel Profesional, identificado con el No. O.P.E.C. 39066, denominado Profesional Especializado, Código 2028, Grado 17, correspondiente a la Convocatoria 433 de 2016 del I.C.B.F. y que, finalizadas las etapas del concurso de méritos, la C.N.S.C. publicó la Resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018: *"Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo identificado con el Código O.P.E.C. No. 39066, denominado PROFESIONAL*

---

<sup>5</sup> C.C.S. SU-133 de 1998

*ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - I.C.B.F.*", con un total de 9 integrantes de esa lista donde la accionante ocupó la tercera posición, la cual cobró firmeza el 18 de julio de 2018 con vigencia hasta el 18 de julio de 2020.

No obstante, la lista se agotó con el nombramiento de las dos primeras, quedando ella “repuntando”, es decir paso a ocupar el primer puesto, pero sin que el I.C.B.F. haya acreditado qué pasó con los 591 cargos iguales al que concursó la ciudadana y que fueron creados con el decreto 1479 de 2017 para la planta global de IC.B.F pues al remitirnos a la resolución 7746 de 2017, se puede observar la distribución de todos los cargos a nivel territorial, sin que se advierta que hayan destinado tales a la Regional Cauca, donde territorialmente escogió como sede la señora Olga Lucia, quien por su parte ha realizado las actuaciones necesarias para que le otorguen la posibilidad de ser nombrada porque pasó a ocupar una posición privilegiada.

De la anterior situación fáctica, puede la Sala concluir que es cierta la afirmación de la demandante en cuanto el artículo 64 del Acuerdo No. C.N.S.C 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 mediante el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente empleos vacantes pertenecientes a la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familia, dispone: *“VIGENCIA DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES. Las listas de elegibles tendrán una vigencia de dos (2) años a partir de su firmeza”*.

La firmeza se adquiere a términos del artículo 62: *“La firmeza de la lista de elegibles se produce, cuando vencidos los cinco (5) días hábiles siguientes a su publicación en la página web [www.C.N.S.C.goc.co](http://www.C.N.S.C.goc.co) y/o enlace: SIMO o su equivalente Convocatoria No. 433 de 2016 I.C.B.F. no se haya recibido*

*reclamación alguna ni solicitud de exclusión de la misma, en consonancia con lo previsto en el artículo 55° del referido Acuerdo o cuando las reclamaciones interpuestas en términos hayan sido resueltas y la decisión adoptada se encuentre ejecutoriada. Una vez en firme las listas de elegibles, la C.N.S.C remitirá al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F. los actos administrativos por medio de los cuales se conforman las listas para los diferentes empleos convocadas y los publicará en la página web [www.C.N.S.C.gov.co](http://www.C.N.S.C.gov.co) y/o enlace: SIMO o su equivalente Convocatoria N.º. 433 de 2016 I.C.B.F. la cual constituye el medio oficial de publicación para todos los efectos legales.*

**PARÁGRAFO:** *Las listas de elegibles solo se utilizarán para proveer los empleos reportados en la O.P.E.C. de esta Convocatoria, con fundamento en lo señalado en el Decreto 1894 de 2012, mientras este se encuentre vigente. Por lo que la demandante cuenta con menos de un mes para la expiración de vigencia de la lista de elegibles de la cual hace parte”.*

Como quiera que la lista quedó en firme el pasado 18 de julio de 2018, es claro que estamos a escasos días que pierda vigencia, pero al revisar los informes suministrados por los entes accionados, se vislumbra que no han sido ofertados los cargos que fueron creados con el decreto 1479 de 2017 en un total de 591 *cargos código OPEC 39066, denominado Profesional Especializado, código 2028, grado 17 del sistema general de carrera administrativa del ICBF* y al haberse conformado una lista de elegibles y las dos primeras personas que antecedían a la señora OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA, adquirieron sus derechos de carrera en el empleo, paso esta de estar en la posición No. 3, a ocupar la primera 1ª, pero no se conformó lista, bajo el argumento que inicialmente no quedó en una posición privilegiada, tesis que no tiene sustento legal, pues a manera de ejemplo el segundo no hubiese podido nunca ser el primero.

Empero, el I.C.B.F. nominador conocía de la existencia de vacantes en el empleo para el cual se postuló la accionante, y las creadas con el Decreto 1479 de 2017, más las que generaron con la declaratoria de

desiertas de los recursos, y la creación de cargos permanentes, de “PROFESIONAL ESPECIALIZADO COD 2028 GRADO 17 OPEC 39066”, repasemos administrativamente, como se ha venido generando este proceso:

.- Se expidió el Decreto 1479 de 2017, mediante el cual se suprimieron cargos de planta de personal de carácter temporal y a su vez, se crearon empleos permanentes en el I.C.B.F., que en relación con los cargos para el cual concursó la accionante, en su articulado 1º NO estableció, la supresión de los temporales, pero en su artículo 2º **ordenó crear 591 plazas para el referido cargo en la planta de personal de carácter permanente del I.C.B.F. “Cecilia de la Fuente de Lleras”**.

En virtud del artículo cuarto del Decreto 1479 de 2017, el I.C.B.F. expidió la Resolución 7746 del 05 de septiembre de 2017, donde el director general de la entidad distribuyó 3.737 cargos en la planta global de dicha institución, sin que se haga alusión alguna al PROFESIONAL UNIVERSITARIO 2028-17 OPEC 39066, y en efecto tal como lo asevera la parte demandante, es decir, que las 591 vacantes creadas en virtud del Decreto 1479 de 2019, no han sido ofertadas.

.- Sumado a lo dicho, el 4 de diciembre de 2018 la C.N.S.C. expidió la Resolución No. C.N.S.C – 20182230162005, por medio de la cual se declaró desierto el concurso para algunas vacantes ofertadas en el marco de la convocatoria No. 433 de 2016 - I.C.B.F., respecto del código **2028**, grado 17 al que se postuló la demandante dentro de la Convocatoria 433 de 2016 – I.C.B.F.

.- Posteriormente se expidió la Resolución No C.N.S.C – 20182230156785 “Por la cual se revoca el artículo cuarto de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria 443 de 2016 – I.C.B.F.” que impidió al I.C.B.F. usar la lista de elegibles para proveer una de las vacantes y, en consecuencia, dichas vacantes están ocupadas por planta de personal de carácter provisional, vulnerando así el principio del mérito como elemento principal para la provisión de vacantes dentro del empleo público.

El Parágrafo del artículo 62 del Acuerdo de la C.N.S.C que arriba se transcribió y se resaltó, señala que las listas de elegibles solo se utilizarán para proveer los empleos reportados en la O.P.E.C. de la Convocatoria, con fundamento en el Decreto 1894 de 2012, sin embargo, el 27 de junio de 2019 se expidió la Ley 1960, que rigió a partir de esa fecha, modificando la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998, derogando las demás disposiciones que le sean contrarias, acto administrativo que frente al proceso de selección en su artículo 6º dispuso:

“ARTICULO 6“. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:

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

Siendo que la lista del concurso de méritos para proveer las vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se encuentra vigente, a ella le resulta aplicable la nueva Ley 1960, por que el parágrafo del artículo 62 del Acuerdo No. C.N.S.C

20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, quedó derogado por la nueva normatividad por ser contrario a lo dispuesto en la nueva ley.

La Ley 1960 viene rigiendo desde el 27 de junio de 2019, va a cumplir un año, sin que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR haya realizado las diligencias necesarias para que dicha normatividad tenga aplicabilidad.

Pese a que existe el Decreto 1479 de 2017 modificando la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras”, se ha guardado silencio frente a las nuevas vacantes con la misma denominación, código y grado, de carácter permanente en la estructura del Instituto, para que estas sean provistas con la lista de elegibles que aún se encuentra vigente en observancia estricta del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019 que modificó el numeral 4º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 que regulaba el empleo público, la carrera administrativa y gerencia administrativa.

En consecuencia, con las listas de elegibles vigentes no solamente deben cubrirse las vacantes reportadas en la O.P.E.C. de la Convocatoria 433, sino también las vacantes definitivas de cargos **equivalentes no convocados**, que surgieron con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad.

La misma C.N.S.C. así lo señaló: “Aunado a lo anterior, es menester señalar que en virtud de lo dispuesto en el Criterio Unificado sobre listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, aprobado por la Sala Plena de Comisionados en Sesión del 16 de enero de 2020”, el cual contempla que las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados

con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer tanto:

1. Las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera – O.P.E.C. de la respectiva convocatoria.
2. Como las nuevas vacantes que se generen con posterioridad a la aprobación del acuerdo de convocatoria siempre y cuando corresponda a los “*mismos empleos*”, entendiéndose como mismos empleos aquellos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de O.P.E.C.

Cualquier criterio anterior al del 16 de enero de 2020 de la C.N.S.C. o la revocatoria del artículo cuarto de la resolución No. C.N.S.C-20182230040835 del 26 de abril de 2018, no puede invocarse para alegar el desconocimiento de la ley 1960 de 2019. Así las cosas, la aplicación de las listas de elegibles para cargos creados con posterioridad a la convocatoria de empleos, es perfectamente legal y encaja plenamente con la situación fáctica expresada por la actora, más aún por existir cargos cubiertos en provisionalidad, exactamente iguales a aquel para el cual ella fue convocada y para los cuales superó el concurso de méritos, interpretación que encuentra respaldo en el artículo 125 Superior.

Lo contrario sería ignorar que: “...*el sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza el acceso al empleo público, por lo que debe realizarse en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el*

*amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.*"<sup>6</sup>

En contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, las listas de elegibles vigentes, pueden ser utilizadas para proveer empleos **equivalentes en la misma entidad**, pues los concursantes que conforman dichas listas tienen el derecho de acceder a todos los cargos vacantes o surtidos en provisionalidad de idéntica naturaleza a aquellos para los que concursaron sin importar la fecha de la convocatoria. Es evidente que el I.C.B.F. está en mora de proceder de conformidad, vulnerando de esta forma no solo el derecho al debido proceso, sino los principios de buena fe, confianza legítima y respeto del propio acto, de todos los Participantes en el Concurso que hacen parte de la lista de elegibles, pues: *"...las relaciones de derecho, generadas entre la administración y los administrados, deben desarrollarse con lealtad y, en especial, el actuar de las autoridades debe ser consecuente "con sus conductas precedentes de manera que los administrados no se vean sorprendidos con conductas que, por ser contrarias, defrauden sus expectativas legítimamente fundadas"*<sup>7</sup>, del principio de la buena fe nace el principio de la confianza legítima, el cual adquiere su importancia cuando la administración ha creado expectativas favorables para los administrados en ciertas condiciones específicas y, súbitamente, cambia las condiciones ocasionando un desequilibrio en la relación que entre ellos se hubiere generado. Por lo tanto, la confianza que los ciudadanos depositan en las actuaciones de la administración debe respetarse y protegerse.

La accionante, tiene la confianza legítima que por virtud de haberse agotado respecto de las dos primeras candidatas de la lista de elegibles para el cargo que concursó, y conforme a las prescripciones de Ley, la lista se modificó, por lo que ahora ella ocupa el primer lugar

---

<sup>6</sup> 3 Sent. T- 180 de 2015

<sup>7</sup> C.C., Sent. T-048 del 30/01/2009

y tiene el propósito de acceder al cargo para el cual se postuló, dada la existencia de las vacantes que refiere en su demanda.

El artículo 63 del Acuerdo regulador de la Convocatoria 433 sobre la RECOMPOSICION DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES señaló: “*LAS LISTAS DE ELEGIBLES SE RECOMPONDRÁN DE MANERA AUTOMÁTICA, una vez los elegibles tomen posesión del empleo en estricto orden de mérito o cuando estos no acepten el nombramiento o no se posesionen dentro de los términos legales, o sean excluidos de la lista con fundamento en lo señalado en los artículos 55° y 56° del presente Acuerdo*”, de tal manera que habiendo tomado posesión las dos primeras aspirantes de la lista, se formó otra de manera automática, ocupando la accionante el primer lugar, para acceder a su nombramiento en el cargo para el cual concursó y aprobó todas sus etapas; no obstante, en respuesta del 20 de marzo de 2020, recibida por la Sra. Olga Lucia Chavarria, a través de su correo electrónico el 2 de abril pasado, solo le informan que en la Regional Cauca, sede Popayán, existe una vacante definitiva con el mismo código y grado al que ella participó, la cual está ocupada de forma provisional y le informan las demás vacantes existentes a nivel nacional, por tanto se deben agotar etapas administrativas y financieras por parte del ICBF y la CNSC, sin que sea posible realizar ningún acto antes de su agotamiento, siendo que existen otras plazas que deben ofertarse.

Corolario de lo anterior, las entidades conculcadoras de lo derechos fundamentales de la demandante están en el deber de realizar los trámites necesarios para efectivizar el cumplimiento de las órdenes del Juez de primera instancia, para que de ésta manera pueda accederse a sus pretensiones, entiéndase que la orden no está direccionada a su inmediato nombramiento, pues ha de advertirse que, no se podría desconocer la opción que otros participantes eligieron en el marco de la misma Convocatoria.

Al vislumbrar que los entes accionados incurren en la trasgresión de los derechos alegados por la actora, la respuesta al problema jurídico es acorde a lo esbozado por el Juez Unipersonal, con el fin de proveer las vacantes definitivas existentes en la entidad que corresponden a los mismos empleos, y en estricto orden de mérito, incluyendo las creadas mediante Decreto 1479 de 2017, pues ante la existencia de figuras administrativas como la provisionalidad, debe preferirse la del nombramiento en propiedad de una persona que ha ocupado una posición dentro del listado de elegibles, puesto que a pesar de ser ambas figuras legales, ello brinda una mejor preservación del principio de meritocracia.

Se advierte a las entidades conculcadoras del derecho fundamental de la demandante están en el deber de realizar los trámites necesarios para efectivizar el cumplimiento de las órdenes de tutela con observancia de los términos otorgados, adicionalmente, como lo advirtió el fallador de primera instancia.

Se advierte a las entidades conculcadoras del derecho fundamental de la demandante están en el deber de realizar los trámites necesarios para efectivizar el cumplimiento de las órdenes de tutela con observancia de los términos otorgados, adicionalmente, como lo advirtió el fallador de primera instancia, así mismo la Sala considera necesario compulsar copias de esta decisión a la Procuraduría General de la Nación a efectos que se investigue la posible conducta en que hayan podido incurrir la Comisión Nacional del Servicio Civil y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, frente al desconocimiento de las normas del concurso.

Por último, si bien hay un derecho de petición al que no se ha dado respuesta, pero como quiera que del contradictorio presentado por el ICBF a esta demanda, se infiere que no es su voluntad acceder a lo peticionado por la quejosa, pretensión que ha sido amparada en esta decisión, razón por lo cual surge inane, tal como se dedujo, emitir orden alguna a efectos de obtener una respuesta, pues la orden emitida en esta decisión, se circunscribe a lo que materialmente persigue la señora OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA.

En razón de los anteriores planteamientos, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, SALA NO 2 DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

## **R E S U E L V E**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia No. 029 del 17 de junio de 2020, proferido por el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes del Circuito de Popayán, Cauca, por medio del cual, se ampararon los derechos al trabajo, debido proceso, acceso a cargos públicos, igualdad, mínimo vital y móvil de la accionante OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA.

**SEGUNDO: COMPULSAR** copias de esta decisión a la Procuraduría General de la Nación a efectos que se investigue la posible conducta en que hayan podido incurrir la Comisión Nacional del Servicio Civil y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, frente al desconocimiento de las normas del concurso.

**TERCERO:** Una vez notificada esta providencia a las partes, por los medios y en los términos de que trata el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, **REMÍTIR** el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión (artículo 32 ibídem).

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Los Magistrados,**



**JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA**  
-Primer Revisor-  
**19001-3185-002-2020-00024-00**



**MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES**  
-Segundo Revisor-  
**19001-3185-002-2020-00024-00**



**MARÍA CONSUELO GÓRDOBA MUÑOZ**  
Magistrada Ponente

**REPUBLICA DE COLOMBIA****RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
CIRCUITO JUDICIAL DE POPAYÁN  
JUZGADO SEGUNDO PENAL PARA ADOLESCENTES  
CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO**

Calle 5 A 1-11 Telefax 8208535  
j02mepayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Sentencia de Tutela No. 029

Proceso No. 19001-31-85-002-2020-00024-00

Popayán, diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020)

Se resuelve la acción de tutela presentada por OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA, identificada con C.C. No. 31.490.902, en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF- y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC-, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, TRABAJO y ACCESO A CARGOS PÚBLICOS. De manera oficiosa se vinculó al ICBF Regional Cauca, al profesional Yon Gelber Borda Álvarez y a los terceros interesados.

**ANTECEDENTES**

La accionante solicita se protejan los derechos reclamados y en consecuencia se ordene a las accionadas, cumplan lo ordenado en los artículos 6 y 7 de la ley 1960 de 2019 y se autorice y use la lista de elegibles contenida en la resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018 y procedan a su nombramiento en el cargo código OPEC 39066, denominado Profesional Especializado, código 2028, grado 17 del sistema general de carrera administrativa del ICBF, expidiendo los actos administrativos de nombramiento y posesión, en una de las 591 vacantes definitivas, creadas por el Decreto 1479 de 2017, toda vez que participó en la convocatoria No. 433 de 2016, convocada por el ICBF y la CNSC, inscribiéndose para el cargo referenciado, para proveer dos (2) cargos en la Regional Cauca.

Informa que la lista de elegibles quedó conformada y en firme con la Resolución No. 20182020074485 del 18 de julio de 2018 expedida por la CNSC, quedando en lista de elegibles nueve (9) profesionales, ocupando la accionante el tercer lugar.

El 22 de noviembre de 2018 la CNSC expidió la Resolución No. 20182230156785, que revocó el artículo 4 de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles de la convocatoria 433 de 2016, situación que impidió que el ICBF pudiera utilizar las listas de elegibles contenida en la Resolución No. 20182020074485 del 18 de julio de 2018, en la cual ella ya se encontraba en el primer lugar de elegibilidad, en atención a que las dos primeras participantes, ya habían sido nombradas mediante resoluciones No. 10709 y 10710 del 17 de agosto de 2018.

Luego el gobierno nacional expidió el Decreto No. 1479 de 2017, *“por el cual suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del ICBF”*, creando 591 cargos permanentes, cuya denominación fue de Profesional especializado código 2028, grado 17,

similares al que optó en la convocatoria 433 de 2016 y que dichos cargos debían proveerse siguiendo el procedimiento establecido en la ley 909 de 2004.

El 27 de junio de 2019 se expidió la Ley 1960 que modificó la ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998, en cuyo artículo 6 establece: *"El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes definitivas de cargos equivalente no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad".*

El 1 de agosto de 2019 la CNSC expidió el: *"Criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019"*, adoptando la siguiente postura: *"Las listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la Ley 1960, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria. De otra parte, los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la ley 1960 de 2019, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas las reglas previstas para las listas de elegibles. En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada."*

Asevera que antes de presentar esta acción, solicitó al ICBF, entre otros puntos, información sobre los cargos a nivel nacional existentes por proveer, y obtuvo respuesta con oficio del 20 de marzo de 2020, recibido en su correo electrónico el 2 de abril siguiente, y le informan que en la Regional Cauca, sede Popayán, existe una vacante definitiva con el mismo código y grado al que ella participó, la cual está ocupada de forma provisional y además le informan las demás vacantes existentes a nivel nacional, por tanto se deben agotar etapas administrativas y financieras por parte del ICBF y la CNSC, sin que sea posible realizar ningún acto antes de su agotamiento.

En un segundo derecho de petición presentado el 29 de abril de 2020, solicita se realice el nombramiento en el cargo vacante por ocupar en la actualidad el primer lugar de la lista de legibles o se le nombre en uno de los cargos creados con el Decreto 1479 de 2017 en cualquier ubicación geográfica, empero no ha obtenido respuesta alguna, pese a que acusaron recibido en la misma fecha de envío, es decir el 29 de abril de 2020.

Para soportar sus argumentos, adjunta dos sentencias de tutela por hechos similares, que fueron fallados en favor de los accionantes.

Así mismo, el 12 de junio de 2020, a las 6:51 de la tarde, la accionante remite al correo institucional, escrito de ampliación de tutela, anexando copia de fallo de segunda instancia de fecha 9 de junio de 2020 del Tribunal Superior de Popayán–Sala Laboral, que confirma la sentencia de primera instancia propuesta por Ángela Cecilia Astudillo Montenegro, contra las mismas entidades accionadas en esta tutela.

### **Pretensión**

Solicita la protección de los derechos al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso cargos públicos y se ordene al ICBF y a la CNSC que en el término de 48 horas siguientes al fallo de esta acción, realicen los trámites administrativos y se dé cumplimiento a lo ordenado en los arts. 6° y 7° de la ley 1960 de 2019 y se autorice y use la lista de elegibles de la Resolución No 20182020074485 del 18 de julio de 2018 de la CNSC por la cual proveyeron 2 vacantes del empleo identificado con el código OPEC 39066, denominado profesional

especializado, código 2028, grado 17 del sistema general de carrera administrativa del ICBF y se proceda a expedir el acto administrativo que la nombre y posea en carrera administrativa, en una de las 591 vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017, y evitar un perjuicio irremediable.

### **Contestación de las Accionadas y vinculados**

**EL Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "ICBF"**, en escrito suscrito por el abogado Edgar Leonardo Bojaca Castro, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, allegó vía correo electrónico el 9 de junio de 2020 a las 5:21 p.m., lo siguiente:

Informa que se le dio respuesta de fondo y oportuna a la petición de fecha 3 de marzo de 2020, y en cuanto a la segunda petición, se encuentra dentro del término, según el artículo 5 del Decreto Legislativo No. 491 de marzo 28 de 2020, que amplía los términos para atender las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la emergencia sanitaria, ampliando los términos regulados en la Ley 1437 de 2011.

Con fundamento en las normas vigentes, el ICBF realizó los nombramientos en período de prueba de las personas que en mérito ganaron el concurso, por lo cual las dos personas ya tienen derechos de carrera por haber superado los seis meses de periodo de prueba, por ende el proceso para proveer las vacantes de la convocatoria 433 de 2016 para el empleo Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 OPEC 39066 en el que participó la accionante, ya se surtió con el nombramiento y posesión de las participantes que ocuparon los 2 primeros lugares.

En esta respuesta no se aporta el listado de todos los cargos vacantes en forma definitiva a nivel nacional, como sí lo hace el profesional Jhon Fernando Guzmán Uparela, en respuesta dada a la accionante, de fecha 20 de marzo de 2020, referente al cargo de profesional especializado código 2038, grado 17 (provista en encargo, nombramiento provisional –sin proveer–vacantes desiertas) con las que cuenta el ICBF, incluidas las creadas con el Decreto 1479 de 2017, con la correspondiente ubicación geográfica y rol, definido en el manual específico de funciones y competencias laborales, vigente para el momento de la convocatoria, es decir Resolución 4500 del 20 de mayo de 2016, relacionando en dicha respuesta con radicado No. 202012100000077691 del 3 de marzo de 2020, que en la Regional Cauca, con sede en Popayán, existe una vacante de igual denominación, y presenta un cuadro con 59 cargos por proveer a nivel nacional, de entre los cuales hay 11 con perfil OPEC de Trabajo Social, incluida la opción en esta capital.

Por tanto, el ICBF solicita se declare improcedente la tutela, por no cumplir los requisitos de relevancia iusfundamental, subsidiariedad y perjuicio irremediable y que en el evento que se estime procedente, solicita sea negada, al no advertirse violación de derechos fundamentales por conductas atribuibles a la entidad.

A su turno la **Comisión Nacional del Servicio Civil "CNSC"**, en cabeza del abogado Carlos Fernando López Pastrana, Asesor Jurídico, allegó vía correo electrónico el 9 de junio de 2020, en los siguientes términos:

Aduce que la accionante participó en el concurso de méritos convocado mediante Acuerdo 20161000001376 de fecha 5 de septiembre de 2016, para el empleo con el código OPEC No. 39066, y que, una vez superadas las fases del

concurso, se publicó la Resolución No. 20182020074485 del 18 de julio de 2018, "*Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer dos (2) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC 39066, denominado profesional especializado, Código 2028, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF*", en la cual la accionante ocupó la tercera posición con un puntaje de 75.58 puntos.

Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019, esta tiene vigencia desde su publicación esto es, desde el 27 de junio de 2019, no tiene efectos retroactivos y su aplicación se hará para convocatorias posteriores a su entrada en vigencia.

De surgir vacancias definitivas en el empleo por renuncia, muerte del titular, entre otros, éstas deban ser provistas con los integrantes de la lista conformada para el empleo No. 39066 durante el término de vigencia de la Resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018, pero hasta el momento no existe solicitud de uso de Listas de elegibles por parte del ICBF, para proveer vacantes del empleo ofertado con el No. OPEC 39066.

En el caso que el ICBF, a la fecha, disponga de nuevas vacantes con la misma denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes (se refiere al grupo normativo de referencia sobre el cual se procesan las calificaciones de la prueba escrita para cada OPEC), deberá registrarlas en SIMO y expedir el correspondiente Certificado de Disponibilidad Presupuestal y solicitar a la CNSC el uso de listas con cobro, para que esta proceda a autorizar dicho uso y se provean definitivamente las vacantes existentes.

Solicita entonces, se declare la improcedencia de la tutela, y la desvinculación de la acción, por cuanto la entidad carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que si bien es cierto adelantó el proceso de concurso para proveer los empleos vacantes en la planta de personal del ICBF, también lo es que no tiene ninguna competencia respecto de la administración de la planta de personal de dicha entidad, pues la facultad para nombrar y retirar servidores públicos se encuentra en cabeza de su Representante legal.

**Yon Gelber Borda Álvarez**, vinculado de manera oficiosa a la presente acción, manifestó que la accionante pretende se haga valer los beneficios de la ley 1960 DE 2019, la cual concede ciertos socorros a futuro de los cuales busca favorecerse, para que la nombren en los cargos de planta creados en 2017, de tal forma que busca un beneficio indebido de retroactividad.

Reconoce que se le permitió acceder al concurso 433 de 2016 y se le han brindado todas la garantías dentro de un proceso en el marco jurídico que lo reglamentaba y que dentro del mismo debe reconocer que aunque haga parte de una lista de elegibles, en su momento no fue la persona con más cualidades al reunir las características ni la idoneidad requeridas para desempeñar determinado cargo por el cual participo y tan solo paso a ser parte de la lista de elegibles de un cargo que tiene una estructura de examen específico de acuerdo con su manual de funciones, de tal forma que sería inapropiado de igual manera alegar similitud con otros, buscando beneficios personales en vacíos de la norma afectando de manera directa el interés general.

Las consecuencias directas de acceder a su solicitud, impulsaría a otros actores, con los mismos principios, a realizar similares reclamos, con afectación de toda la planta de personal creada por Decreto 1479 de 2017, no cobijado

por la convocatoria 433 de 2016, ni reglada por la ley 1960 de 2019, más cuando esta última estipula: "Artículo 7º. *La presente ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.*", por tanto no indico regir hacia atrás, además se entendía que la única forma de surtir un cargo o empleo público sería mediante concurso de méritos, y esta razón se convierte en un hecho de interés general para el país porque permite dar cumplimiento al acceso al empleo público consagrado en el art 40 numeral 7 de la Constitución, reconocido que los empleos que ostentan se configuran para una próxima convocatoria donde puede participar en igualdad de condiciones.

El **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Cauca y los Terceros interesados**, pese a estar notificados y vinculados a la presente acción, no se pronunciaron frente a los hechos.

### PRUEBAS

Se allegaron al instructivo los siguientes soportes probatorios al correo institucional, en forma digital, las siguientes:

Por parte del **accionante**:

- 1.- Fotocopia de Cédula de ciudadanía.
- 2.- Acuerdo No CNSC-20161000001376 del 5 de septiembre de 2016
3. Captura de pantalla de inscripción a la convocatoria 433 de 2016.
4. Resolución No. 20182020074485 del 18 de julio de 2018 la CNSC
5. Resolución 20182230156785 de la CNSC.
6. Resolución 10709 y 10710 del 17 de agosto de 2018.
7. Petición al ICBF del 3 de marzo de 2020 y su respuesta.
8. Petición al ICBF del 29 de marzo de 2020.
9. Captura de pantalla con acuso de recibido del ICBF.
10. Criterio unificado de la CNSC sobre las listas de elegibles.
11. Decreto 1479 de 2017.
12. Sentencia No 025 de 28-04-2020 -Juzgado 2 Laboral de Popayán.
13. Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca de 18 de noviembre de 2019.

Por parte del **ICBF**:

Relación de acciones de tutela, tramitadas en contra de la entidad.

Por la **CNSC**:

- 1.- Resolución No. 20182230053135 del 22-05-2018.
- 2.- Criterio Unificado "Uso de lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019".
- 3.- Circulas externa No. 0001 de 2020.
- 4.- Acuerdo No. CNSC – 2016000001376 DEL 05-09-2016.
- 5.- Resolución No. 4411 de 2020 10-03-2020.
- 6.- Notificación control de publicaciones – CNSC – 31719 – Publicada.

El vinculado **Yon Gelber Borda Álvarez**:

Oficio S-2017-533061-8500 del 2017-10-02 y Resolución No. 8941 del 28 de septiembre de 2017.

## **CONSIDERACIONES**

### **Competencia:**

De conformidad con lo establecido por el artículo 86 superior y Decretos 2591 de 1991, 1382 de 2000 y 1983/17, éste Despacho con categoría de Circuito es competente para conocer y decidir, en primera instancia, la acción de amparo deprecada.

### **Problema Jurídico:**

Determinar si el ICBF y la CNSC, han vulnerado los derechos fundamentales al Debido proceso, Igualdad, Trabajo y Acceso a cargos públicos invocados por la accionante, así como el derecho de Petición, al no realizar su nombramiento en un cargo igual a aquel para el que concursó, que se encuentra vacante, por la omisión de aplicar la prórroga de la lista de elegibles, conforme lo establece la Ley 1960 de 2019.

En este contexto, se hará un análisis sobre (i) la Procedencia de la acción de tutela (ii) Procedencia de la tutela para controvertir actos administrativos expedidos en concurso de méritos; Derechos invocados y (iii) resolución del caso concreto.

#### **(i) Procedencia de la acción de tutela.**

Legitimación en la causa:

Por activa:

La actora es persona natural, mayor de edad con plenas facultades, quien interviene en procura de la protección de derechos de rango fundamental.

Por pasiva:

El ICBF y la CNSC son entidades públicas, al igual que el vinculado ICBF Regional Cauca, respecto de las cuales se aduce la vulneración de derechos fundamentales, actuaron a través de su apoderado judicial y en forma personal, cada uno legalmente autorizado para representar sus intereses en sede judicial.

El vinculado Yon Gelber, aduce que la decisión que se adopte, también repercute en lo que a él concierne, o en los que estén en situación similar.

**(ii) Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos.** Sentencia T -090 de 2013.

*"3.1. ... la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional.*

*3.2. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización*

*a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Entonces, procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.*

*La Corte ha aplicado ésta última subregla cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar. En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado”.*

### **Convocatoria como norma reguladora del concurso de méritos.**

*... “el concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional (artículo 29 Superior).*

*Para cumplir tal deber, la entidad encargada de administrar el concurso de méritos elabora una resolución de convocatoria, la cual contiene no sólo los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos para los cuales se efectúa el concurso, sino que también debe contener los parámetros según los cuales la misma entidad administrativa debe someterse para realizar las etapas propias del concurso, así como la evaluación y la toma de la decisión que concluye con la elaboración de la lista de elegibles. Hacer caso omiso a las normas que ella misma, como ente administrador expida, o sustraerse al cumplimiento de éstas, atenta contra el principio de legalidad al cual debe encontrarse siempre sometida la administración, así como también contra los derechos de los aspirantes que se vean afectados con tal situación.*

*Sobre el tema la Sala Plena al asumir el estudio de varias acciones de tutela formuladas contra el concurso público de méritos que se adelantó para proveer los cargos de notarios en el país, mediante sentencia SU-913 de 2009, consignó que (i) las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de derechos fundamentales; (ii) a través de las reglas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada; (iii) se quebranta el derecho al debido proceso y se infiere un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe. En este punto, esta Sala de Revisión estima que si por factores exógenos las reglas del concurso varían levemente en alguna de sus etapas, las modificaciones que hacen parte integral de la convocatoria inicial, deben ser plenamente conocidas por las partícipes para que de esta forma se satisfagan los principios de transparencia y publicidad que deben regir las actuaciones de la administración y no se menoscabe la confianza legítima que los participantes han depositado en los parámetros fijados para*

acceder a un cargo de carrera administrativa; y, (iv) cuando existe una lista de elegibles que surge como resultado del agotamiento de las etapas propias del concurso de méritos, la persona que ocupa en ella el primer lugar detenta un derecho adquirido en los términos del artículo 58 Superior, que no puede ser desconocido.

4.4. Entonces, a manera de síntesis, la Sala concluye que la resolución de convocatoria se convierte en la norma del concurso de méritos y, como tal, tanto la entidad organizadora como los participantes deben ceñirse a la misma. En caso de que la entidad organizadora incumpla las etapas y procedimientos consignados en la convocatoria, incurre en una violación del derecho fundamental al debido proceso que les asiste a los administrados partícipes, salvo que las modificaciones realizadas en el trámite del concurso por factores exógenos sean plenamente publicitadas a los aspirantes para que, de esta forma, conozcan las nuevas reglas de juego que rigen la convocatoria para proveer los cargos de carrera administrativa”.

### **De los derechos al acceso a cargos públicos y al trabajo**

“La jurisprudencia ha señalado que el derecho a acceder a un cargo público consiste en la prerrogativa que tiene toda persona de presentarse a concursar, luego de haber acreditado los requisitos previstos en la respectiva convocatoria, y, una vez superadas las etapas del concurso, a evitar que terceros restrinjan dicha opción. Ciertamente, el ámbito de su protección se circunscribe a (i) “la posesión [hace referencia al acto de posesión en un cargo público] de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo”, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para posesionar a la persona que ha cumplido con las exigencias previstas por el concurso, (iii) la facultad del concursante de elegir de entre las distintas opciones de cargos públicos disponibles, de ser el caso, aquella que más se ajuste a sus preferencias y (iv) la prohibición de “remover de manera ilegítima” a una persona que ocupa un cargo público”.

En relación con el acceso a los cargos públicos, la jurisprudencia ha indicado que dicha garantía se materializa en cabeza del ganador del concurso, a quien le asiste el derecho a ser nombrado en el cargo para el cual concursó, una vez ha superado satisfactoriamente las pruebas aplicadas en la convocatoria. Es, precisamente, en este supuesto que el carácter subjetivo del derecho al trabajo logra concretarse con certeza a favor del triunfador. Lo anterior significa que “la vulneración del derecho al trabajo se produce cuando una acción u omisión arbitraria de las autoridades limita injustificadamente el ejercicio de una actividad laboral legítima”.

### **El Debido proceso**

El respeto al debido proceso involucra “los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria, el derecho de impugnación, y la garantía de publicidad de los actos de la Administración”. Esto significa el deber de la entidad administradora del concurso de (i) fijar de manera precisa y concreta las condiciones, pautas y procedimientos del concurso, (ii) presentar un cronograma definido para los aspirantes<sup>[95]</sup>, (iii) desarrollar el concurso con estricta sujeción a las normas que lo rigen y, en especial, a las que se fijan en la convocatoria, (iv) garantizar “la transparencia del concurso y la igualdad entre los participantes”, (v) asegurar que “los participantes y otras personas que eventualmente puedan tener un interés en sus resultados, tienen derecho a ejercer control sobre la forma como se ha desarrollado” y (vi) no someter a los participantes a una espera indefinida y con dilaciones injustificadas. En tales términos, esta Corte ha indicado que la acción de

*tutela procede únicamente ante la necesidad de "adoptar las medidas que se requieran para que las personas que se consideren afectadas por las irregularidades detectadas en un concurso, puedan disfrutar de su derecho.*

### **El derecho a la igualdad**

*"El artículo 13 superior establece que "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

*El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan".*

*En el marco de un concurso de méritos, el derecho a la igualdad adquiere una connotación especial, pues según lo previsto por el artículo 40 Superior, todo ciudadano tiene derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, de manera que debe garantizarse que quienes participan en un concurso tengan las mismas oportunidades para acceder al cargo ofertado. Solo de esta manera se puede asegurar la transparencia que debe regir en este tipo de procesos y cumplir con su objetivo, es decir, que se elija a la persona que se encuentre mejor capacitada para desempeñar el cargo".*

### **El Derecho de petición.**

Para la protección del derecho de petición contenido en el artículo 23 superior, el ordenamiento jurídico colombiano no tiene previsto un medio de defensa judicial idóneo ni eficaz diferente a éste, de modo que quien resulte afectado por la vulneración a este derecho fundamental no dispone de ningún mecanismo ordinario de naturaleza judicial que le permita efectivizarlo. Por esta razón, quien encuentre que la debida resolución a sus derechos no fue producida o comunicada dentro de los términos que la ley señala, esto es, que se quebrantó su garantía fundamental, puede acudir directamente a esta acción.

Ahora, el artículo 5º del Decreto Legislativo No. 491 del 28 de marzo de 2020 dispone: *"Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así: "Salvo norma especial toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:*

*(i) Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los veinte (20) días siguientes a su recepción.*

*(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción."*

#### **(ii) Caso concreto**

El presente asunto aborda la situación de una ciudadana que participó en un concurso de méritos convocado por el ICBF, -Convocatoria 433 de 2016-,

donde ocupó el tercer lugar, pero que luego de posesionadas quienes ocuparon los dos primeros puestos, pasó a ocupar el primer lugar en la lista de elegibles.

Casi que en el mismo tiempo, por Decreto 1479/17 el ICBF avoca una reorganización interna, y se crean más de medio centenar de cargos ya de carácter permanente, de similares características al optado por la accionante en la susodicha convocatoria.

Luego se expide la Ley 1960/19 que modificó la Ley 909/04, y uno de sus artículos crea una controversia sobre la forma de utilizar la lista de elegibles, entonces la Comisión Nacional del Servicio Civil expide un criterio unificado sobre el manejo que debe darse a la lista de elegibles, de suerte que uno de los planteamientos centrales para que no se acceda al petitum de la accionante, -ser nombrada en uno de esos cargos- es que la nueva Ley no tiene efectos retroactivos, sino que rige hacia el futuro.

Cabe señalar que tutelas como la presente, se han adelantado en varios despachos judiciales, fallos que la accionante ha traído a la palestra, como forma de fundamentar que le asiste razón en el caso en particular, máxime la inminencia de la fecha de expiración de la lista de elegibles para el mes de Julio del presente año.

Y es que la Litis no es de poca monta, si reparamos que el tema de la aplicación correcta de un Concurso de méritos afecta el devenir de tantas personas que concurren, y luego de pasar los diversos filtros aspiran a que, estando en lista de elegibles y cuando se dé la oportunidad, sean tenidas en consideración.

Lo anterior, para lograr que el personal más idóneo y preparado asuma las funciones que un cargo requiere, y como forma también de que la estructura del Estado tenga como principio el **Mérito**, -artículo 125 superior- por encima de cualquier consideración de orden clientelista, que la mayor de las veces permea nuestras instituciones.

Es desde esta perspectiva que hay que realizar la lectura del presente caso, para de esa forma materializar ese amplio catálogo de derechos que tiene la Carta, pero que tantas veces se quedan en la teoría y en una mera expectativa, por cuanto este Concurso de méritos no ha estado ajeno a las vicisitudes, ya de orden jurídico, en cuanto atañe a la interpretación de normas, o de orden práctico, *como es que las directivas no asuman a plenitud el nuevo orden.*

Esto último se avala, porque previo a la interposición de la tutela, la accionante elevó ante el ICBF, sendos derechos de petición, del 3 de marzo y 29 de abril de 2020. En la primera, la accionada contestó que existe en esta Regional una vacante, con las mismas características para la que concursó, según lo da a conocer el abogado Jhon Fernando Guzmán, Director de Gestión Humana (E) del ICBF, respecto a las vacantes definitivas del empleo Profesional Especializado Código 2028 grado 17 con las que cuenta el ICBF, incluidas las creadas con el Decreto 1479 de 2017, en la Regional Cauca, sede Popayán, de que existe una vacante de igual denominación, y presenta un cuadro relacionando un total de 59 cargos por proveer a nivel nacional, de entre los cuales hay 11 con perfil OPEC de Trabajo Social, incluida la opción de la ciudad de Popayán.

Entonces, tal como lo consignó la CNSC, en su respuesta de tutela, de existir dicha vacante, *“el ICBF deberá registrarlas en SIMO y expedir el*

*correspondiente Certificado de Disponibilidad Presupuestal y solicitar a la CNSC el uso de listas con cobro, para que esta proceda a autorizar dicho uso y se provean definitivamente las vacantes existentes”.*

De igual manera, la CNSC aclara que hasta el momento no existe solicitud de uso de Listas de Elegibles por parte del ICBF, para proveer vacantes del empleo ofertado con el No. OPEC 39066.

De suerte, entonces, que existiendo la vacante, el ICBF debió obrar de conformidad, y no proveer de manera provisional un cargo para el cual existe una lista de elegibles, emanado de un concurso de méritos –convocatoria 433/16- que se encuentra vigente.

De ahí que, consecuente con la respuesta ofrecida en la primera petición, la accionante elevó un segundo escrito tendiente a que fuera nombrada en cargo similar al cual concursó y que se encuentra vacante, empero hasta la fecha no ha obtenido respuesta, con el argumento que el Decreto Legislativo No. 491 del 28 de marzo de 2020, artículo 5, amplió los términos para dar respuesta a las peticiones, y a la fecha de contestación de la acción -9 de junio de 2020-, aún se encontraba dentro del término legal para hacerlo.

Empero, según lo normado en dicho Decreto “*Salvo norma especial, toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción*”, se observa que a la fecha el término se encuentra vencido, si se acota que la entidad acusó recibo el 29 de abril de 2020, feneciendo dicho término el 12 de junio pasado.

Visto pues que el derecho de Petición no tuvo vocación de prosperidad, y agotando un camino previo, la accionante enfiló baterías por medio de la acción de tutela, de suerte que hay que analizar si se cumplen los presupuestos de inmediatez y subsidiariedad, o si existiendo un mecanismo judicial común que proteja los derechos invocados, no sea útil, dada la presencia de un perjuicio irremediable.

Sobre la **Inmediatez**, se observa que la accionante propuso la acción dentro de un término razonable, atendida la cronología de la secuencia normativa, en especial, cuando dada la interpretación suscitada por la forma de aplicación de Lista de elegibles, la CNSC emitió un criterio orientador que, incluso el Tribunal Administrativo del Valle en la tutela que dirimió, no aplicó por inconstitucional, amén de que en forma previa –en marzo y abril de este año- agotó el camino de hacer valer sus prerrogativas por medio del derecho de Petición.

En cuanto a la **Subsidiariedad**, si bien existe el camino del proceso administrativo de nulidad y restablecimiento de derechos, lo cierto es que en la práctica se presentan dos obstáculos: el uno, que dada la situación actual de salud, esta clase de procedimientos está temporalmente suspendido, de suerte que sería inane provocarlo, y mucho menos solicitar una medida provisional de suspensión del acto administrativo.

Y lo segundo, es que el término de duración del registro de elegibles está muy próximo a fenecer -julio de 2020-, con lo cual la anterior alternativa no tendría ninguna razón de ser, aspecto que le impediría acceder al empleo público, y por ende, derivaría en un **Perjuicio irremediable**.

Si en gracia de discusión la accionante tomara el camino del proceso administrativo, a buen seguro el ICBF estará preparando el terreno para el próximo concurso de méritos y dada la duración de aquel proceso, la

accionante tendría que confrontar su derecho con el futuro registro de elegibles, con total distorsión de la eficacia de la norma.

De otro lado, se ha argumentado que una de las razones para no proceder a conceder el derecho a la accionante, es que la Ley 1960 de 2019 no tiene carácter retroactivo, como forma de eludir que es menester tener en consideración la lista de elegibles que emana de la convocatoria No. 433 de 2016, sin embargo el artículo 6 de dicha Ley prevé que de la lista de elegibles y en estricto orden de mérito, se cubrirán las vacantes para las que se efectuó el concurso y *“las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad”*,

En este evento es indudable de que se trata de una vacante definitiva de un cargo para el que concursó la accionante, aspecto que no es objeto de discusión y aunque surgió con posterioridad a la convocatoria, está en el derecho de que se le nombre en cualquiera de los nuevos cargos similares al que concursó, sin que la norma haga alusión a que solo aplica para aquellos registros de elegibles posteriores a su vigencia. Una tesis distinta implica un abierto desconocimiento del debido proceso.

Igualmente se debe tener en cuenta que el registro de elegibles, como acto administrativo, tiene como finalidad, establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración y su desconocimiento acarreará consecuencias adversas a quienes lo desconozcan.

Si los argumentos anteriores no fueren convincentes, el Despacho acoge los expuestos en tutelas de iguales características, proferida la una el 18 de noviembre de 2019 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, que revocó la emitida por el Juzgado veintiuno administrativo oral de Cali -en contra de las mismas accionadas-, decisión que amparó el derecho de aquellos integrantes que hacían parte del registro de elegibles, contenido en la Res. CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018.

Y la otra, de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Popayán, que en reciente providencia del 9 de junio de 2020, confirmó la decisión de 28 de abril de 2020 del Juzgado Segundo Laboral de esta capital, radicado No. 190013105002202000072, accionante Ángela Cecilia Astudillo Montenegro contra el ICBF y la CNSC, en hechos y pretensiones de similar connotación, decisiones que reposan en este trámite constitucional.

Sobre el particular, no es de recibo para la Judicatura, la tesis de que las anteriores sentencias no puedan tomarse como precedente, pues según la contraparte, debe esperarse el pronunciamiento final de la Corte Constitucional, sin reparar que para tomar esta decisión, como la de los citados fallos, se lo ha hecho con sustento en jurisprudencia emitida por dicha Corporación.

Ahora, pese a que la accionante no invocó, entre los derechos pretermitidos, el de petición, observa el Despacho que este se encuentra vulnerado por parte del ICBF, al no ofrecer hasta la fecha, respuesta clara, de fondo y oportuna a la petición presentada por la accionante el 29 de abril de 2020, empero, por la posición ofrecida en sede de tutela, a buen seguro la respuesta sería negativa, de suerte que la susodicha omisión, se subsana con la decisión que en seguida se ofrece.

La misma se contrae a que se tutelarán los derechos fundamentales de la accionante cuya protección invoca y por tanto se ordenará al **ICBF** que: (i) dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes de notificada esta decisión, proceda a registrar las vacantes creadas con el Decreto 1479 de 2017 y respecto del registro de elegibles contenido en la Resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018, cargos Código OPEC N° 39066 denominado Profesional especializado, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF, en el SIMO y expida el correspondiente Certificado de disponibilidad presupuestal, solicitando a la CNSC el uso de listas con cobro, sin que pueda exceder de ocho días calendario. (ii) La **CNSC** una vez el ICBF cumpla con lo anterior, procederá a elaborar y autorizar el uso de la lista de elegibles dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento para optar y una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los cinco (5) días siguientes al ICBF que deberá nombrar a la aspirante dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo de las listas, observando en todo caso el estricto orden de mérito.

De capital importancia es hacer notar a las accionadas, que deben obrar con total **diligencia**, y de manera **coordinada**, dado que el término de vigencia de la lista de elegibles del concurso de méritos de la convocatoria 433/16, fenece en el mes de Julio del corriente año, sin que sea de recibo que por trámites de orden burocrático, las expedición de los actos respectivos superen la fecha límite de su vigencia.

Finalmente, se procederá a la desvinculación del ICBF Regional Cauca, en el entendido de que las decisiones atinentes al tema que nos ocupa, está centralizado en la Sede Nacional, en cabeza de su Directora.

De igual manera, se procederá con Yon Gelber Borda Álvarez, toda vez que se extracta de la foliatura que es un profesional que presta sus servicios en la Regional ICBF del Casanare, y como nombrado en provisionalidad se opone se provean cargos de lista de elegibles, empero la decisión adoptada en este fallo tiene incidencia particular en la Regional Cauca.

En virtud de lo expresado, el JUZGADO SEGUNDO PENAL PARA ADOLESCENTES con FUNCION DE CONOCIMIENTO de POPAYAN, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO:** DECLARAR PROCEDENTE la acción de tutela presentada por OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA que se identifica con CC No. 31.490.902 de Zarzal, Valle, contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-.

**SEGUNDO:** TUTELAR los derechos fundamentales al Debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos a favor de OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA.

**TERCERO:** ORDENAR al **ICBF** que: (i) dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes de notificada esta decisión, proceda a registrar las vacantes creadas con el Decreto 1479 de 2017 y respecto del registro de elegibles contenido en la Resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018, cargos Código OPEC N° 39066 denominado Profesional especializado, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF, en el SIMO y expida el correspondiente Certificado de disponibilidad presupuestal, solicitando a la CNSC el uso de listas con cobro, sin que pueda exceder de ocho días

calendario. (ii) La **CNSC** una vez el ICBF cumpla con lo anterior, procederá a elaborar y autorizar el uso de la lista de elegibles dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento para optar y una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los cinco (5) días siguientes al ICBF que deberá nombrar a la aspirante dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo de las listas, observando en todo caso el estricto orden de mérito.

Se insta a las accionadas, que obren con total **diligencia**, y de manera **coordinada**, dado que el término de vigencia de la lista de elegibles del concurso de méritos de la convocatoria 433/16, fenece en el mes de Julio del corriente año, sin que sea de recibo que por trámites de orden burocrático, las expedición de los actos respectivos superen la fecha límite de su vigencia.

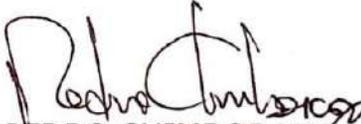
**CUARTO:** DESVINCULAR al ICBF Regional Cauca, en el entendido de que las decisiones atinentes al tema que nos ocupa, está centralizado en la Sede Nacional, en cabeza de su Directora. De igual manera, se procederá con el profesional Yon Gelber Borda Álvarez, por las consideraciones precedentes.

**QUINTO:** NOTIFÍQUESE a las partes y vinculado la presente decisión, a los correos electrónicos suministrados por aquellos.

**SEXTO:** Si esta decisión no fuere impugnada dentro de los tres días siguientes a su notificación, se remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

El Juez,

  
PEDRO CHIMBORAZO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO  
SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE:  
DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

**IMPUGNACIÓN DE TUTELA No. 2020-00178-01 (193)**

San Juan de Pasto, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Se procede a decidir la impugnación interpuesta por la accionante, contra el fallo proferido el 12 de agosto de 2020, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto (Nar), mediante el cual negó el amparo deprecado por improcedente y ausencia de vulneración de derechos fundamentales reclamados por activa.

**I.- ANTECEDENTES**

**1.1 HECHOS Y PRETENSIONES**

Mediante escrito visible entre folios 1 a 7 del expediente digital de primera instancia, la señora **LUZ ELENA MARTINEZ RECALDE**, instauró acción de tutela en contra de la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- CNSC** y el **INSTITUTO NACIONAL DE BIENESTAR FAMILIAR**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso, acceso a la carrera administrativa basada en el mérito y petición, buscando que por medio de este trámite breve y sumario, se ordene a la accionada, la nombre en periodo de prueba en la vacante OPEC 35869 en el cargo Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 11, en la Regional Nariño, Municipio de Pasto, teniendo en cuenta el resultado de la audiencia virtual de escogencia de ubicación geográfica cumplida el 2 de junio de 2020.

Refiere la señora **LUZ ELENA MARTINEZ REALPE**, que participó y fue admitida dentro de la Convocatoria 433 de 2016, reglada mediante acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, para ocupar las tres (3) vacantes del cargo identificado como OPEC 35869, Técnico Administrativo, Código 3124 Grado 11 en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF



Que presentó y superó todas las pruebas del concurso de méritos, ocupando el quinto lugar dentro de la lista de elegibles con un puntaje definitivo de 72,49, según Resolución No. CNSC-20182230073755 del 18 de julio de 2018, acto administrativo que quedó en firme el 31 del mismo mes y año, cuya vigencia fenece el 31 de julio de 2020.

Que mediante Resolución No. 103224 del 17 de agosto de 2018, el ICBF, nombró en periodo de prueba a los tres primeros integrantes de la lista de elegibles, sin embargo, a través del artículo segundo del Decreto 1479 de 2017, el ente accionado, crea nuevos empleos en su planta de personal de carácter permanente, entre los cuales se encuentran 48 vacantes para el cargo nivel técnico administrativo código 3124 grado 11, para cuyo nombramiento debe observarse las directrices del Decreto 1479 de 2017, modificado por la ley 1960 de 2019, que propenden por el mérito y respeto absoluto a la lista de elegibles.

Señaló que el día 2 de junio del hogano, llegó a su correo electrónico [luzmartinez.1976@gmail.com](mailto:luzmartinez.1976@gmail.com), misiva del ICBF con la cual, le informaron sobre la existencia de dos vacantes disponibles para el cargo con código OPEC 35869 y adicionalmente, le solicitaron, manifestarse si escogía alguna de ellas, advirtiéndole que si no respondía, se le asignaría en estricto orden de mérito en el Centro Zonal o Grupo Interno de Trabajo.

Que, en respuesta a lo anterior, la accionante optó por la vacante “*...Regional: Nariño, Municipio OPEC 35869: Pasto, Dependencia OPEC 35869: C.Z. Pasto 2, Cargo: Técnico Administrativo, Código: 3124, Grado: 11*”, sin embargo, relata que, cumplido el trámite de audiencia virtual en la primera semana de junio de 2020, hasta la fecha no ha sido nombrada en periodo de prueba.

Que la actora mediante llamada telefónica, se comunicó con el Dr. John Fernando Guzmán Uparela, Director de Gestión Humana del ICBF, quien le indicó que debía esperar a que se realicen los nombramientos a nivel nacional, puesto que la OPEC 35869 no era la única a proveer, adicionalmente, ante el vencimiento de la lista de elegibles, le señalaron que el ICBF se encontraba dentro del término para realizar los nombramientos.

Manifestó que, en la página de la accionada, reposan distintas resoluciones con las cuales se efectúan sendos nombramientos, en especial, la Resolución No. 3794 del 10 de junio de 2020, publicada el 24 de julio de 2020, por la cual nombran en periodo de prueba a la señorita CANDIDA SUSANA TABLA ROJAS, quien la antecede en la lista de elegibles y cuyo nombramiento fuese autorizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil con oficio No. 2020102427371 del 28 de mayo de 2020, resolución en la cual, también reposa su nombre y asignación del cargo a ocupar.



Finalmente adujo que, por lo anterior, elevó ante el ICBF por correo electrónico en data 7 de julio de 2020, solicitud de nombramiento en periodo de prueba, sin que hasta la fecha exista respuesta frente a la misma o se haya proferido su nombramiento, desconociendo en su caso, el plazo máximo de diez días hábiles, con el que cuenta la entidad para realizar el nombramiento.

## **1.2.- CONTESTACIÓN DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS**

### **1.2.1. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**

**CARLOS FERNANDO LÓPEZ PASTRANA**, Asesor Jurídico de la entidad, mediante escrito datado el 4 de agosto de 2020 (fls. 65 a 68 cuaderno digital de primera instancia), solicitó declarar configuración de carencia actual de objeto por hecho superado, así como también, la desvinculación de la entidad por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Como sustento de lo anterior, señaló que el 25 de mayo de 2020, la CNSC mediante radicado No. 20201020427371 del 22 de mayo de 2020, remitió ante el ICBF, autorización para el uso de la Lista de Elegibles para proveer dos vacantes para el empleo 35869 dentro de la Convocatoria 433 ICBF, sin que le asistan más obligaciones frente al tema, pues carece de competencia frente a la administración de plantas de personal, según lo establece el Decreto 648 de 2017, siendo esto del resorte del ICBF.

### **1.2.2 INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF**

**EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO**, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad, mediante escrito obrante entre folios 78 a 84 del expediente digital de primera instancia, solicitó declarar la improcedencia de la acción constitucional por vulneración al principio de subsidiaridad y no existir vulneración de derechos fundamentales.

El representante judicial señaló que actualmente, la entidad está haciendo uso directo de las listas de elegibles conforme a los procedimientos establecidos en la Ley 909 de 2004, Decreto 1083 de 2015 (artículo 2.2.6.21) y Acuerdo 562 de 2016 de la CNSC (artículo 11), en consonancia con el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 para la aplicación de la Ley 1960 de 2019, emitido también por la Comisión, para el nombramiento en periodo de prueba de las diferentes vacantes de la entidad.

Así, para el caso en concreto, relató que a través de Oferta Pública de Empleos de carrera No. 35869, se ofertaron tres (3) vacantes para el empleo nominado TECNICO ADMINISTRATIVO, CÓDIGO 3124, GRADO 11, CUYA UBICACIÓN GEOGRÁFICA ERA



LA REGIONAL NARIÑO, PASTO, los cuales fueron cubiertos por los tres primeros integrantes de la lista de elegibles concentrada en la Resolución No. 20182230073755 de 18 de julio 2018, en la cual, iteró, la accionante se ubicaba en la posición No. 5., quedando pendiente, la autorización de la CNSC para el uso de la lista de elegibles ante la renuncia de la segunda en lista, Johana Pinchao Burbano, para proceder con el nombramiento en propiedad.

De igual manera, que previo a lo anterior, se solicitó autorización ante la CNSC para usar la lista de elegibles de la Convocatoria 433, para proveer en periodo de prueba, dos cargos vacantes definitivos en virtud del Decreto No. 1479 de 2017, localizados en el centro zonal Pasto, dentro de la OPEC 35869, y ante la autorización; se surtió con las personas que ocupaban los cargos 4 y 5, en la que se incluye a la accionante, audiencia virtual de escogencia del cargo y se remitió al correo electrónico reportado en el SIMO, el formato de autorización de consulta de inhabilidades por delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, en cumplimiento a lo establecido en los artículos 4 y 5 de la ley 1918 de 2018.

Que pasado el término de diez (10) días hábiles para la remisión de dicha autorización, la misma no fue allegada por la accionante, LUZ ELENA MARTINEZ RECALDE, razón por la cual, no fue posible su nombramiento, sin que pueda por esto, señalarse la vulneración a los derechos fundamentales reclamados, en tanto se está cumpliendo las directrices legales y constitucionales para los nombramientos.

**1.2.3 PROCURADURÍA 12 JUDICIAL DELEGADA PARA ASUNTOS DEL TRABAJO, INTEGRANTES DE LA LISTA DE ELEGIBLES CONTENIDA EN RESOLUCIÓN No. CNSC-20182230073755 DEL 18 DE JULIO DE 2018, CONVOCATORIA NO. 433 DE 2016- ICBF, TERCEROS INTERESADOS Y EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD Y/O CUALQUIER OTRA MODALIDAD DE VINCULACIÓN CARGO OPEC 35869.**

Pese a estar debidamente notificados, tal como consta a 57 y 58 del cuaderno digital de primera instancia y en los enlaces web:

- [https://www.icbf.gov.co/system/files/65\\_tutela\\_luz\\_elena\\_martinez\\_recalde.pdf](https://www.icbf.gov.co/system/files/65_tutela_luz_elena_martinez_recalde.pdf)
- <https://www.cnsc.gov.co/index.php/acciones-constitucionales-433-de-2016-icbf><sup>1</sup>

Los vinculados guardaron silencio y no ejercieron su derecho de defensa y contradicción.

### **1.3.- TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA**

<sup>1</sup> Revisión realizada el día 11 de septiembre de 2020.



El conocimiento de la presente acción de tutela fue asumido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto (N.), a través de auto de fecha 30 de julio de 2020 (fls. 53 a 56), autoridad que negó la medida provisional solicitada y vinculó al trámite constitucional a la Procuraduría 12 Judicial Delegada para asuntos del Trabajo, a los integrantes de la lista de elegibles contenida en Resolución No. CNSC-20182230073755 del 18 de julio de 2018, dentro de la convocatoria No. 433 de 2016- ICBF, a terceros interesados y a los empleados en provisionalidad y/o cualquier otra modalidad de vinculación frente a los cargos ofertados en la convocatoria con código OPEC 35869.

Luego mediante, sentencia calendada 12 de agosto de 2020 (fls. 105 a 113), negó el amparo propuesto por la señora LUZ ELENA MARTINEZ RECALDE, por vulneración del principio de subsidiaridad y por ausencia de vulneración, al considerar que la omisión de la accionante en la remisión del formato de autorización de consulta de inhabilidades por delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, impidieron continuar con el proceso de nombramiento.

#### **1.4.- OBJETO DE LA IMPUGNACIÓN**

La accionante mediante memorial obrante entre folios 122 a 138 del expediente digital de primera instancia, impugna el fallo de primera instancia, al señalar que desconoce el correo electrónico que considera el ICBF, remitió el 31 de mayo de 2020, solicitando la autorización para consulta de inhabilidades por delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, que sustenta la negativa en su nombramiento, aportando como prueba de ello, sendas fotografías del correo electrónico personal [luzmartinez1976@gmail.com](mailto:luzmartinez1976@gmail.com)

En consecuencia, señala que la vulneración se mantiene en tanto el ICBF pese a todos sus requerimientos elevados y que demuestran su interés por ocupar el cargo en el concurso de méritos, no le señalaron la falta de la documentación ni le otorgaron oportunidad para corregir.

De igual manera, en memorial allegado a esta instancia el 3 de septiembre de 2020, la accionante reitera lo anterior y señala, además, que le fue notificada la resolución No. 4667 del 26 de agosto de 2020, mediante la cual el ICBF resolvió abstenerse de nombrarla en periodo de prueba, fundamentando su decisión en la no entrega de la autorización ya referida.

### **II.- CONSIDERACIONES**

#### **2.1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO**



Teniendo en cuenta la impugnación propuesta por la accionante, corresponde a esta Corporación determinar si el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso, acceso a la carrera administrativa basada en el mérito y petición de la señora LUZ ELENA MARTINEZ, al negarse a nombrarla en periodo de prueba en la vacante optada por la accionante el 2 de junio de 2020, identificada con OPEC No. 35869, Cargo: Técnico Administrativo, Código: 3124, Grado: 11 localizado en la Regional Nariño, Municipio de Pasto.

## **2.2.- CASO CONCRETO Y SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:**

Para resolver el problema planteado, es necesario advertir, que de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, se reviste a toda persona del derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo, cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

Y aunque en la sentencia SU-913 de 2009, al analizar el tema de la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de quienes participan en concurso de méritos, se señaló que “(..) se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata”, con la expedición de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A.), exige a la Sala, de encontrar probada la vulneración, determinar si el proceso ordinario goza de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales reclamados<sup>2</sup>, puesto que “..la participación en un concurso no genera un derecho adquirido, sino una expectativa respecto del empleo por el cual se optó, de forma que ante cualquier eventual irregularidad corresponde su debate al juez natural y no al constitucional, que como se sabe tiene una competencia residual, y por tanto, limitada únicamente cuando se advierte la violación de derechos superiores”<sup>3</sup>, es decir, la acción de tutela es plausible para controvertir procesos de concurso, si se verifica la afectación de derechos fundamentales y la falta de idoneidad del mecanismo de protección ordinario.

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-441 de 2017. M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos.

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral . Sentencia No. STL2243-2018, radicación No. 78559 del 14 de febrero de 2018. M.P. Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas.



Así las cosas, en el asunto que hoy convoca a la Sala, la señora LUZ ELENA MARTINEZ, quien participó en el proceso de convocatoria de méritos No. 433 de 2016 – ICBF, ocupando el puesto No. 5 de la lista de elegibles para el cargo identificado con código OPEC No. 35869, Cargo: Técnico Administrativo, Código: 3124, Grado: 11 localizado en la Regional Nariño, Municipio de Pasto<sup>4</sup>, acude a este mecanismo constitucional en procura de que le sean amparados sus derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso, acceso a la carrera administrativa basada en el mérito y petición, que considera conculcados por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, al negarse a nombrarla en periodo de prueba en el cargo vacante optado y ratificado en audiencia pública del 8 de junio de 2020 (fl. 93).

Petición que rechazan las accionadas, en especial el ICBF, cuando sustenta que la negativa en el nombramiento en periodo de prueba de la actora, obedece a la omisión que la accionante presentó frente al requerimiento elevado por la entidad, mediante correo electrónico de fecha 31 de mayo de 2020 y que propendía por la autorización para validar y consultar si la accionante se encuentra inscrita en el registro de inhabilidades por delitos sexuales cometidos contra personas menores de edad, requisito concentrado en los artículos 4 y 5 de la ley 1918 de 2019<sup>5</sup>.

Ahora bien, pese a que esta justificación resultó adecuada y suficiente para el A quo, quien negó el amparo deprecado; esta corporación no puede desconocer que la señora LUZ ELENA MARTINEZ, sustenta su escrito de impugnación, en la no recepción del correo enunciado, solicitando para tal efecto que se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, exhiba la constancia del envío y la prueba del acuse de recibo del correo electrónico que le fue enviado el 31 de mayo de 2020 para determinar fecha, día y hora de cuándo fue enviado.

Planteada así la disyuntiva, contrario a lo reseñado por el A Quo y el sentir del ICBF, los derechos fundamentales de la accionante, serán objeto de amparo, en tanto se encuentra demostrada su afectación y vulneración, tal como pasa a exponerse a continuación:

En primer lugar, porque pese a que el ICBF aportó en su defensa, prueba del correo electrónico remitido a la accionante, obrante a folios 85 y 86 del expediente digital, que curiosamente señala día domingo 31 de mayo de 2020 a las 16:09 horas, el cual no

<sup>4</sup> RESOLUCIÓN No. CNSC-20182230073755 DEL 18-07-2018 “Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer tres (3) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 35869, denominado Técnico Administrativo, Grado 3124, Grado 11, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016

<sup>5</sup> Ley 1918 del 12 de julio de 2019. *Por medio de la cual se establece el régimen de inhabilidades a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales cometidos contra menores, se crea el registro de inhabilidades y se dictan otras disposiciones.*



cumple a cabalidad con las exigencias establecidas en el Decreto 491 de 2020<sup>6</sup>, en tanto, no existe prueba que permita inferir la entrega del correo electrónico, ni en el texto se señala una fecha o plazo perentorio para la remisión de la documentación solicitada, requisitos con los cuales, se desplazaría la carga procesal a la accionante, a quien en este momento se encuentra amparada por la presunción de buena fe.

Se recuerda que el artículo 4 del Decreto 491 de 2020, considera como deber de la autoridad pública al momento de comunicar o notificar los actos administrativos, verificar la fecha de entrega y recepción de la comunicación:

***Artículo 4. Notificación o comunicación de actos administrativos. Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, la notificación o comunicación de los actos administrativos se hará por medios electrónicos. (...)***

***El mensaje que se envíe al administrado deberá indicar el acto administrativo que se notifica o comunica, contener copia electrónica del acto administrativo, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo. La notificación o comunicación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración. En el evento en que la notificación o comunicación no pueda hacerse de forma electrónica, se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 67 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.***” En negrillas fuera del texto

Directrices éstas, que propenden por garantizar el debido proceso, derecho de defensa y contradicción, convirtiéndose en imperativos para nuestro estado social y constitucional de derecho.

Así las cosas, al verificar que el mencionado correo sin prueba de entrega o recepción, sustenta la Resolución No. 4667 del 26 de agosto de 2020<sup>7</sup> (fls. 21 a 24 del cuaderno digital de segunda instancia), por la cual el ICBF se abstiene de nombrar a la actora en periodo de prueba, lo único plausible para finiquitar la vulneración de los derechos reclamados, es dejar tal acto administrativo sin efectos jurídicos.

En segundo lugar, está probada la vulneración, en tanto la accionada, impidió a la actora allegar la autorización de verificación de inhabilidades requerida, pues hasta la fecha de

<sup>6</sup> Decreto 491 de 2020. Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica»

<sup>7</sup> Resolución No. 4667 del 26 de agosto de 2020 “Por medio de la cual el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, se abstiene de efectuar un nombramiento en periodo de prueba”



emisión del acto administrativo de abstención, 26 de agosto de 2020, no le comunicó tal exigencia, pese a que la accionante previo a este trámite constitucional, le presentara dos derechos de petición, el primero verbal, que no fue objeto de controversia y el segundo, arribado en la entidad, el 7 de julio de 2020 tal como reposa a folios 38 a 44 del expediente tutelar, quedando registrada bajo con el ID de solicitud No. 148489, ni tampoco le otorgó tal posibilidad, en su escrito de contestación a la acción constitucional.

En tercer lugar, porque aunque la accionante se encuentra posibilitada para ejercer los recursos administrativos pertinentes, así como también, los medios de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho para la defensa de sus intereses, los mismos no resultan eficaces, dada la culminación de la vigencia de la lista de elegibles – 31 de julio de 2020-, que para criterio de esta Sala, se constituye en un perjuicio irremediable, pues somete a la accionante a la pérdida de la opción de ingreso a la carrera administrativa<sup>8</sup>, situación que permite la injerencia del juez de tutela, así como también, porque someter a la accionante y a la entidad a un proceso contencioso administrativo, redundará además en la afectación de otros principios, como el de moralidad y eficacia administrativa, máxime cuando el uso de la lista de elegibles tal como lo señaló la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, tiene un costo de DIECIOCHO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS M/CORRIENTE (\$18.433.863)<sup>9</sup>

Concluyendo así, que, el actuar del ICBF al negarse a vincular en periodo de prueba a la accionante dentro del cargo identificado con código OPEC No. 35869, Cargo: Técnico Administrativo, Código: 3124, Grado: 11 localizado en la Regional Nariño, Municipio de Pasto, cuya elección quedó sentada en acta del 8 de junio de 2020, es irregular. Por lo tanto se revocará la decisión de primera instancia para en su lugar, amparar los derechos deprecados por activa, razón por la cual, se dejará sin efectos jurídicos la Resolución No. 4667 del 26 de agosto de 2020 proferida por el ICBF, ordenando a la accionante que en el término de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la presente decisión, allegue al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la autorización para verificar si se encuentra inscrita en el registro de inhabilidades por delitos sexuales cometidos contra personas menores de edad, según lo establece los artículos 4 y 5 de la ley 1918 de 2019, para que una vez allegado, el ICBF, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, de cumplir con todos los requisitos pertinentes, proceda a nombrarla en periodo de prueba.

### III.- DECISIÓN

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-236 de 2019. M.P. Dra. Diana Fajardo Rivera

<sup>9</sup> Folio 74 cuaderno digital de primera instancia.



En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 12 de agosto de 2020, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto (N), objeto de impugnación, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar **AMPARAR** los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, debido proceso, acceso a la carrera administrativa basada en el mérito y petición de la señora LUZ ELENA MARTINEZ RECALDE.

**SEGUNDO: ORDENAR** a la señora **LUZ ELENA MARTINEZ RECALDE**, que en el término de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la presente decisión, allegue al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la autorización para verificar si se encuentra inscrita en el registro de inhabilidades por delitos sexuales cometidos contra personas menores de edad, en los formatos establecidos por la entidad para el efecto.

**TERCERO: ORDENAR** al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF**, para que a través de su Director y/o quien haga sus veces, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles siguientes a la recepción de la autorización remitida por parte de la señora LUZ ELENA MARTINEZ RECALDE y a que se refiere el numeral anterior, proceda a verificar la información de la accionante y de cumplir con los requisitos de ley, la nombre en periodo de prueba dentro del cargo optado por ella.

**CUARTO: COMUNICAR** por el medio más eficaz a través de la Secretaria de esta Sala lo aquí resuelto tanto a la parte accionante como a las entidades accionadas, así mismo infórmese al Juzgado de primera instancia.

**QUINTO: REMITIR** el expediente ante la H. Corte Constitucional para su eventual revisión dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia.

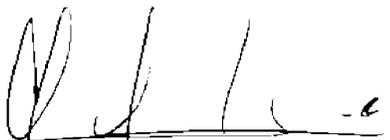


**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 221 –A En constancia se firma por los intervinientes.



**JUAN CARLOS MUÑOZ**  
Magistrado Ponente



**CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ**  
Magistrada



**CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA**  
Magistrada

**REPÚBLICA DE COLOMBIA -RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA  
SALA UNO DE DECISIÓN LABORAL  
SALA DE DECISIÓN DE TUTELA**

**REF:** ACCIÓN DE TUTELA (SEGUNDA INSTANCIA).

**ACCIONANTE:** MARTHA HELENA NAVARRO PIZARO.

**ACCIONADO:** COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL E INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.

**RADICACION:** 08-001-31-05-007-2020-00141-01(000).

MAGISTRADA PONENTE: **CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ.**

Barranquilla, siete (07) de octubre de dos mil veinte (2.020).

Regístrese el presente proyecto y póngase a circular entre los Magistrados integrantes de la Sala.

**CÚMPLASE,**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Claudia María Fandiño de Muñiz', with a long horizontal flourish extending to the right.

**CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ**  
Magistrada Ponente

**REPÚBLICA DE COLOMBIA -RAMA JUDICIAL****TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA****SALA UNO<sup>1</sup> DE DECISIÓN LABORAL****SALA DE DECISIÓN DE TUTELA**

**REF:** ACCIÓN DE TUTELA (SEGUNDA INSTANCIA).

**ACCIONANTE:** MARTHA HELENA NAVARRO PIZARO.

**ACCIONADO:** COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL E INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.

**RADICACION:** 08-001-31-05-007-2020-00141-01(000).

**MAGISTRADA PONENTE: CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ.**

Barranquilla, siete (07) de octubre de dos mil veinte (2.020).

Procede la Sala Uno<sup>2</sup> de Decisión laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, integrada por los Magistrados CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ como Ponente, CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ y JESÚS RAFAEL BALAGUERA TORNÉ, como acompañantes a resolver la impugnación del fallo proferido dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora MARTHA HELENA NAVARRO PIZARO contra la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL E INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, y como vinculados los integrantes de la lista de elegibles.

---

<sup>1</sup>De conformidad a lo establecido en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA17-10666 del 25 de abril de 2.017 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, desarrollado por el Acuerdo No. 0005 del 2 de mayo de 2.017 de la Sala Laboral de este Tribunal “por el cual se conforman las Salas de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla”.

<sup>2</sup>De conformidad a lo establecido en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA17-10666 del 25 de abril de 2.017 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, desarrollado por el Acuerdo No. 0005 del 2 de mayo de 2.017 de la Sala Laboral de este Tribunal “por el cual se conforman las Salas de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla”.

00141-01/(000)/CMFDM.

Previa deliberación de los Magistrados que integran la Sala de Decisión, se aprobó mediante acta No. 296, la siguiente **SENTENCIA**:

## **1. ANTECEDENTES**

### **1.1. SOLICITUD DE TUTELA:**

La señora Martha Helena Navarro Pizaro, actuando a través de apoderado judicial, promovió acción de tutela contra la Comisión Nacional del Servicio Civil e Instituto Nacional de Bienestar Familiar- ICBF, para que se tutelén los derechos fundamentales al trabajo, debido proceso, igualdad, mérito como principio constitucional de acceso a cargos públicos, petición e información, y en consecuencia, se ordene a las entidades accionadas que den aplicación al artículo 6º y 7º de la Ley 1960 de 2019, con efectos retrospectivo; asimismo, se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil remitir al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de manera inmediata, la lista de elegibles con las cuales se deberán proveer los cargos de carrera administrativa ofertados en la convocatoria N°433 de 2016- ICBF; de igual forma, se requiera al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que, de manera inmediata, en cumplimiento del término perentorio concedido por el fallador, proceda a agotar todos los trámites administrativos necesarios y pertinentes para que se provean con carácter definitivo los cargos de la planta global del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ofertados en la convocatoria N°433 de 2016- ICBF; por último, inaplicar haciendo uso de la excepción por inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4º superior, el Criterio Unificado "Uso de Lista de Elegibles en el Contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2020" expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil el 16 de enero de 2020.

### **1.2. HECHOS:**

Los supuestos facticos alegados por la parte accionante se sintetizan de la siguiente manera: Manifiesta la accionante que, a través del Acuerdo N° 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016, la Comisión Nacional del Servicio Civil, convocó a Concurso Abierto de Méritos para proveer definitivamente todos los empleos vacantes

*00141-01/(000)/CMFDM.*

pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de la Convocatoria 433 de 2016.

Alegó la actora que, se inscribió como aspirante a ocupar con derechos de carrera administrativa al cargo de Profesional Universitario Código 2044 grado 08, identificado con número de Oferta Pública de Empleo de Carrera – OPEC - N° 39806 perteneciente a la Regional Atlántico del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Agregó que estando en trámite el concurso, el Presidente de la República mediante Decreto N° 1479 del 04 de septiembre de 2017 suprimió los empleos de carácter temporal creados mediante el Decreto 2138 de 2016 y modificó la planta de personal de carácter permanente del ICBF y se crearon entre otros, cuarenta y nueve (49) cargos de Profesional Universitario Código 2044 grado 8, diez (10) cargos de Profesional Universitario Código 2044 grado 11, trece (13) cargos de Profesional Universitario Código 2044 grado 09, dos mil ochocientos uno (2801) cargos de Profesional Universitario Código 2044 grado 7, los cuales no fueron ofertados al momento de la apertura de la convocatoria N°433 de 2016, debido a que en ese tiempo eran inexistentes como empleos de carácter permanente y además, dicha convocatoria estaba regida por la Ley 909 de 2004 en su concepción original.

Asimismo indicó que mediante Resolución N° 7746 del 05 de septiembre de 2017, se efectuó la distribución en el territorio nacional de las vacantes creadas mediante Decreto N° 1479 del 04 de septiembre de 2017, definiendo entre otros que en el Departamento del Atlántico se asignarían cuarenta y tres (43) nuevas vacantes para el cargo de Profesional Universitario Código 2044 grado 08 para el perfil profesional de Psicología, las demás están distribuidos en las diferentes regionales del ICBF a nivel nacional, existiendo además una vacante de Profesional Universitario código 2044 grado 08 asignada al Departamento del Atlántico.

Expresó además que, la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Resolución N° CNSC–20182230053265 de mayo 22 de 2018 conformó la lista de elegibles para proveer dos (02) vacantes del empleo identificado con el código OPEC N° 39806 denominado Profesional Universitario identificado con el código 2044 grado 08, ocupando en estricto orden del mérito el puesto N° 03 con puntaje definitivo de 72.22. Sostuvo que, al recomponerse la lista de elegible ocupa en los sucesivo el

00141-01/(000)/CMFDM.

primer lugar en posición de elegibilidad, y que la misma de conformidad con el artículo 64 del Acuerdo antes mencionado tiene vigencia de dos (2) años a partir de su firmeza.

Agregó que, la lista de elegibles fue publicada en el Banco Nacional de Lista de Elegibles el día 28 de mayo de 2018, adquiriendo firmeza el día 06 de junio de la misma calenda, es decir, su vencimiento se configuraría el día 05 de junio de 2020, sin embargo, en virtud de la pandemia generada por el Covid 19, los términos de dicho concurso fueron suspendidos a través de las Resoluciones No. 4970 del 24 de marzo de 2020, 5265 del 13 de abril de 2020, 5804 del 24 de abril de 2020 y 6264 del 22 de mayo de 2020, debido a la suspensión de términos el vencimiento de la lista operaría el 14 de agosto de 2020.

Sustentó que, la Comisión Nacional del Servicio Civil el 22 de noviembre de 2018 mediante Resolución N° CNSC – 20182230156785, revocó el artículo 4 de los actos administrativos que contienen la lista elegible de la convocatoria mencionada, el cual contenía la previsión normativa que permitía al ICBF hacer uso de ella para proveer los cargos o nuevas vacantes que surjan durante su vigencia, y no solamente aquellas ofertadas al momento de la convocatoria.

Aunado a lo anterior, dijo que la accionada desconoció que las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria N°433 de 2016 - I.C.B.F constituyen en lo pertinente actos administrativos cuya naturaleza jurídica es de ser actos administrativos de carácter particular y concreto, por lo tanto, no podía revocar de manera unilateral el artículo cuarto (4º) de dichas resoluciones, so pena de vulnerar el derecho fundamental al debido proceso y con ello causarle un grave e injustificado perjuicio a los elegibles, dado que para ello se requería manifestación expresa y escrita del consentimiento de éstos, o que la entidad hubiese demandado ante la justicia contenciosa administrativa su propio acto tal como lo dispone artículo 97 de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; así como también el artículo 12 de la Ley 909 de 2004.

Adicionó que, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019, la cual en su artículo 6 modifica el art. 31 numeral 4º de la ley 909 de 2004 y señala que *"Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad*

00141-01/(000)/ CMFDM.

*contratada, por delegación de aquella, elaborará la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad".* Teniendo está efectos retroactivos.

Por último, manifestó que el 17 de julio de 2020 solicitó ante la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar su nombramiento en periodo de prueba en uso de la lista de elegibles pluricitada, bajo escrito de petición identificado con el radicado N° 20203200736392, sin que a la fecha de interposición de la presente acción de tutela se haya dado contestación a dicha solicitud, encontrándose vencido los términos para tales efectos.

### **1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

La Jueza Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla profirió sentencia el dos (2) de septiembre de 2020, donde resolvió decidir desfavorablemente el amparo invocado por la señora Martha Helena Navarro Pizaro. Fundó su decisión en que el problema jurídico se reduce en la legalidad o no del acto administrativo mediante el cual la Comisión Nacional del Servicio Civil decidió anular la posibilidad de que los nuevos cargos creados por el Gobierno Nacional y que no fueron ofertados en la OPEC N° 39806 denominada Profesional Universitario Código 2044 grado 08, no pudieran ser considerados como oferta en la lista de elegibles.

En atención a lo anterior, indicó que la actora cuenta con otro mecanismo de defensa judicial como lo es la acción de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, en la cual se puede solicitar desde la presentación de la demanda la suspensión provisional de los actos administrativos, circunstancia que tiene los mismos efectos que pudiera adoptarse en sede constitucional, con la diferencia que se trataría de una decisión que pueda adoptar dentro de sus competencias el Juez natural.

Por último, expresó que frente a la circunstancia de que la conformación de la lista se trata de una Resolución con una vigencia de dos (2) años, no tiene en verdad mayor trascendencia el que si se debía recomponer o no la lista al amparo de las

00141-01/(000)/CMFDM.

normas señalas por la accionante, ya que por tratarse de un acto administrativo que goza de la presunción de legalidad, en su momento, incluso, ahora, puede ser demandado ante la justicia ordinaria.

#### **1.4. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:**

Inconforme con la decisión proferida, la parte accionante impugnó el fallo de tutela de primera instancia con fundamento en las siguientes argumentaciones; dijo que el juzgador de instancia incurrió en un yerro fundamental en las resultas del proceso, al omitir que el problema jurídico principal de la acción constitucional es si en el caso de marras se debe dar aplicación en retrospectiva de los postulados consagrados en el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, en consideración a que su situación jurídica no se enmarca dentro de lo que jurídicamente se tiene como un derecho adquirido, sino por el contrario, las accionadas refrendan que la actora actualmente goza de una mera expectativa de derecho al quedar en posición de elegibilidad en la lista de elegibles.

#### **1.5. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA:**

La acción de tutela fue repartida y asignada a esta Sala<sup>3</sup>, la que mediante auto de 15 de septiembre de 2.020, admitió la impugnación y dispuso notificar a las partes.

## **2.**

### **CONSIDERACIONES**

#### **2.1. COMPETENCIA.**

Con fundamento en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1.991, el Decreto 1382 de 2.000, y el Decreto 1983 del 30 de noviembre de 2.017,<sup>4</sup> esta Sala es competente a prevención de conocer y decidir respecto del derecho invocado, por cuantos los hechos que motivan la acción tienen ocurrencia dentro del ámbito donde esta

<sup>3</sup> Expediente enviado por la secretaría de la Sala Laboral al correo institucional el 15 de septiembre de 2.020

<sup>4</sup> "Por medio del cual se modificó el Decreto 1069 de 2.015, que a su vez cumplió el Decreto 1382 de 2.000."

00141-01/(000)/CMFDM.

Corporación ejerce su jurisdicción y es un fallo de tutela cuyo conocimiento está asignado a los Jueces del Circuito.

## **2.2. DE LA TUTELA.**

Sea lo primero indicar que, la tutela es un procedimiento constitucional preferente y sumario, de amparo inmediato de los derechos fundamentales de la persona, cuando quiera que éstos resulten amenazados o violados por acción u omisión de una autoridad pública, o por particulares en los casos precisos determinados por la Constitución y la Ley.

El artículo 86 de la Constitución Nacional, dispone: *“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí mismo o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados por la omisión de cualquier autoridad pública.*

*“La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.*

*“Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable...” .*

## **2.3. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE CONCURSO DE MÉRITO:**

Sobre este tópico, la H. Corte Constitucional ha señalado mediante Sentencia T-441/17 lo siguiente:

00141-01/(000)/CMFDM.

*“Respecto de la procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos, esta Corporación ha señalado que existen, al menos, dos excepciones que tornan procedente la acción de tutela para cuestionar actos administrativos: (i) cuando pese a la existencia de un mecanismo judicial idóneo, esto es, adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, el mismo no goza de suficiente efectividad para la protección de los derechos fundamentales invocados como amenazados a la luz del caso concreto; o (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, que implica una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible”*

De lo anterior se desprende que la tutela tiene un carácter residual y subsidiario, siendo procedente, siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de tales derechos, así que resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previsto por la ley.

### **2.3. CASO CONCRETO:**

Se centra la inconformidad de la proponente en que se inscribió en la Convocatoria N° 433 de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, al cargo de Profesional Universitario Código 2044 grado 08, OPEC N° 39806 perteneciente a la regional Atlántico del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Seguidamente, la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Resolución N° CNSC- 20182230053265 de mayo 22 de 2018, conformó lista de elegible para proveer dos (2) vacantes del empleo OPEC N° 39806 al cargo de Profesional Universitario Código 2044 grado 08, OPEC N° 39806, en el cual la peticionaria ocupó el tercer lugar. En el punto N° 4 de la parte resolutive de la Resolución mencionada de la Comisión Nacional del Servicio Civil, por la cual se conforma la lista de elegibles correspondiente a la OPEC N° 39806, se estableció:

*“Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la*

00141-01/(000)/CMFDM.

*lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. **Así mismo dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados.***”

Empero lo anterior, la accionada en fecha 22 de noviembre de 2018 expidió el acto administrativo, Resolución N° CNSC – 20182230156785 *"Por el cual se revoca el artículo cuarto de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria N°433 de 2016 - I.C.B.F."*

En fecha posterior, a la fecha de iniciación de concurso se expidió el Decreto 1479 de 2017, en el cual se crearon 49 nuevas vacantes para el cargo Profesional Universitario código 2044 grado 8, esto es, el cargo al cual la actora está aspirando.

Precisado lo anterior, y en relación con la procedibilidad de la acción de tutela para controvertir el acto administrativo particular, la Sala estima que en principio la accionante podía acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir el acto particular y concreto, sin embargo, este mecanismo no tiene la virtualidad de ofrecer la misma protección que se lograría a través de la presente acción de tutela, en tanto, al estar la convocatoria en una fase avanzada (conformación de lista de elegibles, nombramiento y posesión de los dos primeros en lista), se corre el riesgo de que al momento de presentar la demanda de nulidad y restablecimiento ya se haya podido consumir la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante.

Aunado a lo anterior, se puede estudiar el caso de fondo toda vez que, aún se encuentra vigente la lista de elegibles, ya que pese a que la misma tenía una vigencia de dos años y este plazo se cumplió el 27 de junio de 2020, no es menos cierto que debido a la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Covid 19, la Comisión Nacional del Servicio Civil ha prorrogado mediante las Resoluciones No. 4970 del 24 de marzo de 2020, 5265 del 13 de abril de 2020, 5804 del 24 de abril de 2020 y 6264 del 22 de mayo de 2020, dicho término.

Así mismo, se cumple con el presupuesto de inmediatez por cuanto el hecho considerado como vulnerador de los derechos de la accionante, se mantiene vigente ante la negativa de las aquí accionadas de utilizar la lista de elegibles donde se encuentra la señora Martha Helena Navarro Pizaro, para proveer los cargos vacantes en el ICBF.

Superados los requisitos de procedibilidad, encuentra esta Corporación que la Constitución Política estableció en su artículo 125, que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, o en palabras más claras que, la carrera administrativa es el medio, o el mecanismo, por medio del cual una persona podría acceder a cargos públicos en los órganos y entidades del estado. Esto, con el propósito de garantizar condiciones de ingreso, ascenso, permanencia y retiro de los empleos públicos, respondiendo a criterios de objetividad, y de reglas establecidas que desligan la voluntad de un nominador dentro del trámite.

Así, el derecho que adquieren aquellas personas que hayan superado en forma satisfactoria todas las etapas del procedimiento para acceder a un empleo público, es exigible ante la administración, como ante aquellos que se encuentren desempeñando el cargo de manera provisional.

Además, por la pertinencia con el tema tratado, impera recordar que el Congreso de la República expidió la reciente Ley 1960 de 2019, disposición normativa que en su artículo 6º, modificó el numeral 4º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en los siguientes términos:

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

No obstante, la Comisión Nacional del Servicio Civil el 16 de enero de 2020, expidió el criterio unificado, respecto del “Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”, expresando que:

00141-01/(000)/ CMFDM.

*"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. 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".*

Ahora bien, respecto a la aplicabilidad de la reciente ley 1960 de 2019, ya se pronunció la H. Corte Constitucional en la sentencia de tutela T-340 de 21 de agosto de 2020, donde puntualizó:

***"En conclusión, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la mencionada ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, por lo que el precedente de la Corte que limitaba, con base en la normativa vigente en ese momento, el uso de las listas de elegibles a las vacantes ofertadas en la convocatoria, ya no se encuentra vigente, por el cambio normativo producido. De manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron***

00141-01/(000)/CMFDM.

***nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.”***

En el presente caso estudiado, tenemos que la actora superó el concurso de méritos diseñado de acuerdo a las necesidades del servicio del ICBF, ocupando actualmente el primer lugar, luego de que se diera el ingreso de los aspirantes con mayor puntaje en las dos vacantes ofertadas en la convocatoria inicial, por lo que las accionadas tienen el deber de acudir al personal que se encuentra capacitado y evaluado satisfactoriamente frente al cumplimiento de las funciones propias del cargo, máxime cuando omitir ese presupuesto sería contrario a lo estipulado en el artículo 125 C.N., sobre el derecho de carrera. De igual forma, en el presente caso le resulta aplicable la directriz jurisprudencial sentada en el precedente constitucional contenido en la citada sentencia T-340 de 2020, sobre la aplicabilidad de lo consagrado en la Ley 1960 del año en curso, de manera retrospectiva.

La cual se debe interpretar, como una protección al mérito como principio fundante del Estado de Derecho, al incentivar que el acceso al servicio público se dé por el sistema de carrera y no a un mecanismo de ingreso arbitrario, que sea contrario a los principios de igualdad e imparcialidad, facilitando que la afiliación de los empleados al servicio del ICBF, se de con observancia a los factores de valoración que han sido proscritos incluso en la Constitución, esto es, que solamente se puedan nombrar personas que hayan superado todas las etapas del concurso, respetando el orden de méritos de la lista.

De igual forma, es necesario resaltar que en el caso subexamine la lista de elegibles se encuentra próxima a vencer, por lo que de no proceder a la revisión de fondo del caso que nos ocupa, se estaría promoviendo la vulneración a los derechos reclamados por la accionante, puesto que, de acudir a la Jurisdicción Contencioso administrativa al momento de proferirse una decisión definitiva, ya la lista de elegibles no estaría vigente, por lo que solo se podría garantizar una compensación económica y no la ocupación del cargo al cual está aspirando.

00141-01/(000)/CMFDM.

Aunado a ello, dado que los aspirantes que figuran en una lista de elegibles tienen un derecho subjetivo, es decir, cuentan con una mera expectativa, salvo aquellos que ocupan el primer lugar, quienes tienen un derecho adquirido, encuentra esta Colegiatura que en el caso concreto es dable aplicar retrospectivamente la Ley 1960 del presente año, puesto que su situación no se encuentra consolidada en la Convocatoria 433 de 2016.

Por último, en relación al derecho petición incoado, tenemos que en reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional, ha señalado los presupuestos mínimos que debe contener la respuesta a una petición, para considerar que la misma se satisfizo<sup>5</sup>. Al respecto, en **sentencia T-161 de 2011**, esa Corporación señaló:

*“a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión. b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o si se reserva para sí el sentido de lo decidido. c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición. d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita. e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine. (...)”<sup>6</sup>.*

<sup>5</sup> Al respecto ver las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: Sentencia T – 691 de 2 de septiembre de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-581 de 27 de julio de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia T-249 de 27 de febrero de 2001. M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Sentencia T-377 de 3 de abril de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia T -161 de 10 de marzo de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

00141-01/(000)/ CMFDM.

De la revisión de los anexos presentados en memorial de fecha 01 de octubre de 2020 radicado por el apoderado de la parte actora, existe probanza del recibido por parte de esta de la respuesta emitida al derecho de petición N° 202012220000049962 de fecha 11 de marzo de 2020, a través del cual se solicitó su nombramiento en periodo de prueba de conformidad a la lista de elegibles ampliamente mencionada; así como que el mismo resuelve de forma clara, precisa, de fondo y de manera congruente lo solicitado, y pese a ser negativa a lo pedido esto por sí mismo no configura una infracción al derecho, tal y como lo establece la jurisprudencia antes trascrita, por ello considera la Sala que no es procedente tutelar el mismo.

Así las cosas, esta Colegiatura procederá a conceder parcialmente el amparo deprecado como se explicó en precedencia y por consiguiente se revocará la sentencia impugnada para en su lugar, conceder la protección a los derechos fundamentales al trabajo, debido proceso, igualdad, mérito como principio constitucional de acceso a cargos públicos, que le han sido vulnerados a la actora por las accionadas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Uno de Decisión Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley;

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia del dos (02) de septiembre de dos mil veinte (2020), proferida por la Jueza Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla, y en su lugar, se dispone Tutelar los derechos fundamentales al trabajo, debido proceso, igualdad, mérito como principio constitucional de acceso a cargos públicos, ordenando a la Comisión Nacional del Servicio Civil que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes de notificada esta decisión oferte los 49 cargos de Profesional Universitario Código 2044 grado 08 OPEC N° 39806 en la regional Atlántico, creados mediante el Decreto 1479 de 2017 para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF -, con el fin de que quienes conformen la lista de elegible opten, proceso que no podrá exceder el término de un (1) mes calendario contados a partir del cumplimiento de las 48 horas. Asimismo, elabore lista de elegibles dentro de los quince (15) días siguientes y debidamente notificado el acto

00141-01/(000)/CMFDM.

y en firme lo remita al ICBF en el término máximo de cinco (5) días hábiles para que este proceda a realizar el nombramiento de la señora Martha Helena Navarro Pizaro de ser procedente.

**SEGUNDO:** Notificar esta providencia a las partes, por el medio más expedito con que cuente el Tribunal, conforme a lo dispuesto en los artículos 10, 30 y 32 del Decreto 2591 de 1991 y 5º del Decreto 306 de 1992.

**TERCERO:** Remitir para su eventual revisión el expediente a la Corte Constitucional dentro de los términos indicados.

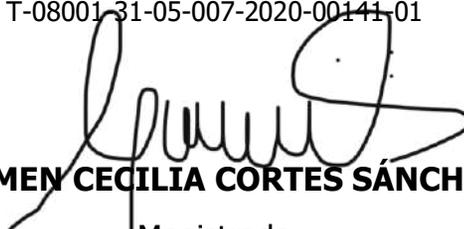
**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ**

Magistrada Ponente

T-08001-31-05-007-2020-00141-01



**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**

Magistrada



**JESÚS RAFAEL BALAGUERA TORNÉ**

Magistrado

Salva Voto



**TRIBUNAL SUPERIOR**  
**Distrito Judicial de Pamplona**  
**SALA ÚNICA. - SECRETARIA**

Pamplona, 18 de septiembre de 2020

TSDJP-S-1300

Doctora

LINA MARÍA ALVAREZ

Directora Nacional del I.C.B.F

y/o quien haga sus veces

Correos: [tutelas@icbf.gov.co](mailto:tutelas@icbf.gov.co)- [Notificaciones.Judiciales@icbf.gov.co](mailto:Notificaciones.Judiciales@icbf.gov.co)

[atencionalciudadano@icbf.gov.co](mailto:atencionalciudadano@icbf.gov.co)

**Radicado: 54-518-31-87-001-2020-00075-01**

**Accionante: CARMEN CECILIA CASTAÑO MATUTE Y OTRAS**

**Accionados: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC- INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF-**

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, me permito NOTIFICARLE la SENTENCIA de la fecha, proferida por la Sala Única de Decisión Virtual de la Corporación con ponencia del Magistrado NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS. Anexo: Providencia en 40 folios.

***EN CUMPLIMIENTO A LO DISPUESTO EN EL ORDINAL QUINTO, DE LA PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA: SE SOLICITA A ESTA ENTIDAD, QUE ORDENE A QUIEN CORRESPONDA, LA PUBLICACIÓN EN LA PÁGINA WEB EN EL LINK CORRESPONDIENTE, COPIA DE LA PRESENTE DECISIÓN CON EL FIN DE NOTIFICAR A LOS TERCEROS INTERESADOS Y VINCULADOS.***

Cordialmente,

**Firmado Por:**

**ALIX ELENA CONTRERAS VALENCIA**  
**SECRETARIO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**SECRETARIA TRIBUNAL SUPERIOR DE PAMPLONA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**9177aee336e198fb0b04bb56cd9dcefb76f30ecc0abd028349352103e94b6667**

Documento generado en 18/09/2020 06:24:27 p.m.



**República de Colombia**  
**Rama Judicial del Poder Público**  
**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona**  
**Sala Única de Decisión**

Pamplona, 18 de septiembre de 2020

Magistrado Ponente:

**DR. NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS**

**Acta No. 55**

Proceso	Acción de Tutela – Segunda Instancia
Radicado	54-518-31-87-001-2020-00075-01
Accionante	MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL
Accionado	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Vinculados	PARTICIPANTES DE LA CONVOCATORIA N. 433 de 2016 PERSONAS QUE CONFORMAN LA LISTA DE ELEGIBLES DEL CARGO DE PROFESIONAL ESPECIALIZADO CÓDIGO 2028, GRADO 17 DE LA CONVOCATORIA 433 DE 2016 FUNCIONARIOS QUE ACTUALMENTE OCUPAN LOS CARGOS DECLARADOS DESIERTOS DENTRO DE LA CONVOCATORIA

**CUESTIÓN PREVIA**

Previo requerimiento sobre su lugar de residencia que clarificó los que correspondían a cada una de las seis accionantes, mediante proveído de 9 de septiembre hogaño se declaró la nulidad de lo actuado para cinco de ellas<sup>1</sup>, toda vez que se constató que lo cursado en primera instancia se resolvió sin la observancia del factor territorial del que trata el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

<sup>1</sup> Fol 51 a 66 del expediente digitalizado de segunda instancia.

La accionante MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL acreditó el cumplimiento del requisito de competencia exigido, dado que se tuvo por cierto que tiene su residencia en el Municipio de Pamplona. De cara a este planteamiento, solo serán objeto de revisión en esta instancia los hechos y situaciones alegadas por la precitada.

## ASUNTO

Decide la Sala la impugnación presentada por **MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL** contra el fallo de tutela de fecha 12 de agosto de 2020 proferido por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pamplona.

## ANTECEDENTES

### HECHOS.-<sup>2</sup>

Conforme lo narrado por la Accionante y el trasegar procesal tenemos por tales los siguientes:

1.- MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL se inscribió, concursó y superó satisfactoriamente todas las etapas en la convocatoria 433 de 2016 para proveer el cargo de profesional especializado código 2028 grado 17, código OPEC (OFERTA PÚBLICA DE EMPLEOS DE CARRERA) “38762” en el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, ICBF.

2.- Por medio de la Resolución No. 20182230072935 del 17 de julio de 2018 (en adelante Resolución 72935/2018), la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, CNSC, conformó *“la lista de elegibles para proveer tres (3) vacantes del empleo identificado con el código OPEC número 38762, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, grado 17, ofertado en el marco de la Convocatoria No 433 de 2016-ICBF”*, en la cual la Accionante ocupó el sexto lugar.

3.- El artículo cuarto de la mencionada Resolución 72935/2018 señalaba que *“Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo*

---

<sup>2</sup> Folio 6 y ss. (La paginación corresponde al archivo de pdf del expediente de primera instancia al que tuvo acceso el magistrado sustanciador, el cual le fue enviado a su correo electrónico institucional el 24 de agosto de 2020.)

*empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de méritos para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo, dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados”.*

4.- Sin embargo, tal artículo fue revocado por medio de la Resolución CNSC 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, por ser incompatible con la sentencia SU 446 de 2011 de la Corte Constitucional, el Decreto 1894 de 11 de septiembre de 2012 y el Acuerdo 20161000001376 (marco de la plurimencionada convocatoria), especialmente en su artículo 62.

En tal resolución concluyó la CNSC: *“Corolario de lo expuesto, se tiene que el artículo cuarto de los 1187 actos administrativos previamente referidos contempló la posibilidad de conformar una lista general para la provisión de vacantes no convocadas, por lo que deberá ser revocado conforme las razones anteriormente expuestas con el fin de restablecer el orden público”.*

5.- Con posterioridad al trámite del concurso y a la elaboración de la lista de elegibles del cargo de marras, el artículo 6 de la Ley 1960 de junio 27 de 2019 modificó el numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004 *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*, disponiendo que con las listas de elegibles se podían proveer las *“las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”.*

6.- El 1 de agosto de 2019 la CNSC expidió el *Criterio Unificado “listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”*, donde se adoptó que tal norma sólo sería aplicable para *“los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio, cobijados por la ley ampliamente mencionada”.*

7.- El 16 de enero de 2020 la CNSC aprobó el *“Criterio Unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”*, donde señaló que las vacantes generadas en convocatorias aprobadas antes de la promulgación

de aquella norma sólo podían ser cubiertas con los “mismos empleos”, entendiendo por tales los que tienen la misma OPEC.

8.- Mediante oficio 20201020333541 de 03 de abril de 2020<sup>3</sup>, la CNSC respondió el derecho de petición de la Accionante, refiriendo la imposibilidad de hacer uso de la lista de elegibles que integra la Accionante para proveer vacantes en el cargo de profesional especializado, código 2028, grado 17 con base en el contenido del *“Criterio Unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019” aprobado en sesión de 16 de enero de 2020”*,

9.- Mediante oficio 202012100000060601 de “4” de abril de 2020, el ICBF respondió el derecho de petición de la Accionante, indicando que *“las listas de elegibles y aquellas conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos” entendiéndose con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con número OPEC”*.

10.- Con ocasión de la crisis sanitaria generada por el COVID 19, la CNSC mediante la expedición de actos administrativos suspendió el cronograma y sus respectivos términos en los procesos de selección en curso, en razón de ello se prorrogó la vigencia de la lista de elegibles a la que pertenece la actora.

#### **PETICIONES<sup>4</sup>**

La Accionante solicitó que se le amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos por el sistema de méritos y en consecuencia se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR realizar los trámites administrativos pertinentes para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 6 de la

---

<sup>3</sup> Folio 199 y ss.

<sup>4</sup> Folio 68 a 70.

Ley 1960 de 2019 y se autorice y use la lista de elegibles conformada mediante Resolución número 20182230072935 del 17 de julio de 2018 respecto al cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 en una de las vacantes que no fueron provistas en periodo de prueba y que fueron declaradas desiertas.

Además, pidió que se ordene al ICBF verificar y reportar de la planta global de empleos las vacantes que cumplan con las características de equivalencia al cargo aquí pretendido, en aras de proceder a reportar los cargos al aplicativo SIMO, de esta forma podrán ser ofertados por conducto de la CNSC, con la finalidad de garantizar a quienes hacen parte de la lista de elegibles la oportunidad de optar por el cargo.

Igualmente, requirió que una vez recibidas las listas de elegibles, el ICBF efectúe el nombramiento según el orden que corresponda en una de las vacantes declaradas desiertas o que hayan quedado disponibles con posterioridad a la conformación de la lista. Lo anterior, ciñéndose a los parámetros y al itinerario fijado por esta sala en el expediente Rad 54-518-31-12-002-2020-00033-01, el cual comporta un escenario análogo al caso bajo estudio.

### **ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE**

El 29 de julio de 2020<sup>5</sup> la *A quo* admitió la acción de tutela por cumplir con las exigencias mínimas, ordenó su notificación y corrió traslado para que en el término de tres días los Accionados se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones, vinculó a quienes participaron en la convocatoria No. 433 de 2016 y a todas las personas que actualmente conforman la lista de elegibles del cargo de Profesional Especializado Código 2028, grado 17 de dicha convocatoria, así como a todos los funcionarios que actualmente ocupan los cargos declarados desiertos y decretó pruebas.

El 12 de agosto de 2020 de resolvió la acción constitucional.

---

<sup>5</sup> Folio 513 a 514.

## RESPUESTA A LA ACCIÓN

### **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF)<sup>6</sup>.-**

Frente a los hechos, señaló que la CNSC mediante Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal del Sistema General de carrera administrativa del ICBF, Convocatoria No. 433 de 2016.

Refirió que la Actora ofertó una de las tres vacantes habilitadas para el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 17, OPEC 38762 de la Regional de Santander y que una vez superado el proceso de admisión y selección del concurso, se expidió lista de elegibles, publicada mediante Resolución No. 20182230072935 del 17 de julio de 2018, situándola en el sexto lugar.

Señala que en firme la lista de elegibles, se efectuó el nombramiento y posesión de las personas que ocuparon los tres primeros lugares de elegibilidad para proveer las vacantes de la convocatoria 433 de 2016.

Manifestó que en contexto del criterio “*uso de lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019*”, el ICBF adelantó las acciones de verificación de empleos en su planta global que comporten los criterios de equivalencia planteados por la norma, no obstante, se certificó la inexistencia de vacantes disponibles, así mismo, arguye que emplear la lista de elegibles para proveer un cargo equivalente en otro lugar distinto al optado inicialmente, vulneraría el derecho a la igualdad de los aspirantes que se presentaron para dichos cargos en esas zonas geográficas.

Dice que no se puede afirmar de manera general y descontextualizada que la acción de tutela es procedente siempre que exista un concurso de méritos o lista de elegibles, dado que las controversias que pueden suscitarse son de diversa naturaleza y las particularidades de cada caso ameritan un estudio específico.

Adujo que la controversia principal versa sobre el cumplimiento inmediato de una norma de carácter general, frente a lo que se requiere adelantar una serie de

---

<sup>6</sup> Folio 531 y ss.

acciones administrativas y financieras que implican tiempo y recursos públicos, las cuales relaciona extensamente.

Frente a la subsidiariedad y perjuicio irremediable, dijo que la Accionante cuenta con mecanismos distintos a la tutela para ejercer sus derechos, pues ataca actos administrativos de carácter general y las respuestas dadas a los derechos de petición, lo que constituye un acto de trámite, que, por regla general, no son objeto de protección constitucional.

Resaltó que el ICBF no ha vulnerado ni puesto en riesgo ningún derecho fundamental de la Accionante, en tanto está adelantando todas las gestiones que implican el reajuste introducido por la Ley 1960 de 2019 y la norma no puede tener una aplicación inmediata como quiera que implica la revisión de los criterios establecidos por la CNSC.

Añadió que aceptar la aplicación de la lista de elegibles de la Accionante, desconocería los derechos de las personas que se inscribieron en las OPEC correspondientes al empleo profesional especializado Código 2028 Grado 17 en las ubicaciones geográficas para las que sí se crearon nuevas vacantes, pues estas personas desde el inicio de la convocatoria escogieron esa ubicación, presentaron las pruebas y aprobaron el proceso a la luz de las necesidades del servicio de aquellos territorios.

Solicitó se declare improcedente la acción de tutela por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental, así como de subsidiariedad y perjuicio irremediable, argumentando que ya se publicó la lista de elegibles, la que adquirió firmeza en julio de 2018, la cual se conformó para proveer 3 vacantes y la accionante ocupó la posición número 6.

### **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)<sup>7</sup>.-**

Desde el inicio de su respuesta manifestó que su pronunciamiento solo sería respecto de la competencia de la entidad que representa.

---

<sup>7</sup> Folio 542 y ss.

Señaló que MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL, participó en el concurso de méritos convocado mediante Acuerdo 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 para el empleo identificado con el código OPEC No. 38762 y que una vez superadas las fases del concurso se publicó la Resolución No. CNSC-20182230072935 del 17 de julio de 2018 *“Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer tres (3) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 38762, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF”*, en la cual ocupó la sexta posición de lista.

Refirió que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 del acuerdo de convocatoria, la CNSC remitió al ICBF el acto administrativo para realizar los nombramientos en estricto orden de mérito de aquellos elegibles que ocuparon una posición meritoria en la lista, conforme el número de vacantes ofertadas para cada OPEC.

Indicó que para el empleo en mención se ofertaron tres vacantes, y que los elegibles que adquirieron el derecho a ser nombrados en periodo de prueba para el cargo fueron los aspirantes que ocuparon los tres primeros lugares en la lista, mientras que la Accionante ocupó la sexta posición, por lo que no es posible que se realice su nombramiento. Así mismo, se comprobó que mientras estuvo vigente la lista no se reportaron actos administrativos que declararan la derogatoria o revocatoria de los actos de nombramiento ni se informaron vacantes adicionales en el marco de la convocatoria 433 de 2016 y que cumplieran con el criterio de mismo empleo.

Frente a la acción interpuesta, manifestó que no se acreditaron los requisitos de subsidiariedad o perjuicio irreparable al que se ve enfrentada la tutelante, requisitos *sine qua non* para ejercitar el instrumento jurídico. Además, debe resultar improcedente por cuestionar actos administrativos que buscan revisar las reglas o pautas que rigen el concurso de méritos o determinaciones que se adoptan en la evolución de sus etapas o fases. De cara a las consideraciones realizadas, solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción, máxime que no existe transgresión alguna por parte de la CNSC a los derechos fundamentales alegados por la accionante.

Señaló que la ley 1960 de 2019 no tiene aplicación “retrospectiva”, pues ello contraviene lo ordenado por los artículos 52 y 53 de la Ley 4 de 1913, *“normas que claramente establecen que la Ley sólo rige para las situaciones de hecho ocurridas con posterioridad a la fecha de su promulgación”*, lo cual ocurrió el 27 de junio de 2019, por lo que debe regir hacia el futuro, es decir, a procesos de selección o concursos que inicien con posterioridad a la referida fecha. Juzga que encontrándose en firme las listas de elegibles de la Convocatoria 433 *“estamos en presencia de una situación consolidada, que no puede ser objeto de modificación por el tránsito de legislación en la materia”*, lo que además implicaría *“el cambio de las reglas de juego a que se sometieron miles de aspirantes”*, argumentos que incidieron en la expedición de las orientaciones consignadas en el *“Criterio Unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”* de 16 de enero de 2020.

Continuó señalando que la Accionante no se encuentra en posición meritoria, por lo que le asiste apenas una mera expectativa.

Resaltó que el *Criterio Unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”* de 16 de enero de 2020 señaló que las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes que correspondan con los *“mismos empleos”*, entendiendo por éstos *“aquel con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes”*.

Sobre la vigencia de dos años de las listas de elegibles según el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, señaló que por *“Decisión del 27 de mayo de 2020”* se concluyó que la emergencia nacional no afectó la vigencia de las listas de elegibles, por cuanto el Decreto 491 de 2020 *“habilitó el nombramiento de quienes se encuentran en posición meritoria dentro de una lista de elegibles en firme”*.

Concluyó la Entidad afirmando que la Accionante no alcanzó *“el puntaje requerido para obtener una posición meritoria”* de conformidad con el número de vacantes ofertadas y que el acto administrativo mediante el cual se conformó la lista de elegibles se encuentra sin vigencia.

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>8</sup>

El 12 de agosto de 2020 el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pamplona resolvió negar el amparo constitucional invocado por MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL respecto de los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos.

Argumentó, respecto a la negativa del amparo deprecado y su procedencia, que aun existiendo otro mecanismo idóneo para controvertir escenarios de aplicabilidad de las listas de elegibles en materia de concursos de mérito, esta acción procede excepcionalmente cuando se prevea que el medio resulte ineficaz ante la injerencia de un perjuicio irremediable, y procederá de forma transitoria.

Refirió que la normativa imperante respecto a la firmeza y vigencia de la lista de elegibles (2 años), en consideración a las medidas adoptadas con ocasión a la pandemia COVID 19 que suspendieron cronogramas y términos en los procesos de selección, no incidieron en su continuación ni en el nombramiento del personal elegible, y así las cosas, según lo asegurado por la CNSC, las medidas tomadas en ocasión a la pandemia no extendieron la vigencia de las listas de elegibles.

Corolario de esta premisa, se indicó que la vigencia de la lista integrada por la accionante se mantuvo hasta la fecha 30 de julio hogaño, tal como dio cuenta la página *web* de la CNSC. Ante ese escenario, refirió, no sería posible emplear la lista de elegibles integrada por la gestora del amparo para proveer vacantes creadas por el Decreto 1479 de 2017, máxime la expiración que se pregona sobre la misma.

Señaló que las disposiciones del concurso son inmodificables, por lo que no es pertinente variar las etapas del proceso, dado que de hacerse se afectarían los principios rectores que rigen y encausan los concursos de mérito. Ateniendo al factor de vigencia que ostentaba la lista conformada por la Accionante, la cual expiró el 30 de julio cursante, no es factible ordenar al extremo convocado tener presente y/o hacer uso de la lista contenida en la Resolución No. CNSC-20182230072935 del 17 de julio de 2018.

---

<sup>8</sup> Folio 589 y ss.

Recalcó la instancia que la Actora pretendía acudir al amparo constitucional bajo la expectativa de lo fallado por el Tribunal Superior de Pamplona en el expediente 54-518-31-12-002-2020-00033-01, no obstante, instauró la acción faltando dos días para expirar la vigencia de la lista, reprochando de esa forma la falta de accionar temprano o en un lapso prudencial, pues no se prevé en el escrito de tutela una justificación que sustente la mediación de un impedimento ante la actuación tardía.

Apuntalando lo esgrimido, el Despacho sustanciador evidenció el no cumplimiento del requisito de inmediatez, no siendo aceptable que se hubiere esperado hasta casi el cumplimiento del término de caducidad para acudir al mecanismo residual.

### **IMPUGNACIÓN<sup>9</sup>**

Inconforme con la decisión adoptada por la *A quo*, la accionante MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL impugnó el fallo de primera instancia, manifestando que la juez de instancia profirió un pronunciamiento no congruente y contradictorio a los planeamientos hechos en el escrito de tutela, incurriendo en error de hecho y de derecho al fundar sus consideraciones de forma inexacta por injerencia de interpretaciones erróneas respecto del fondo del asunto y lo pretendido.

Aunado a ello, solicitó que se revoque el fallo y en su lugar se conceda la protección de los derechos invocados, accediendo a las pretensiones y tomando los correctivos a que haya lugar en razón al vencimiento de la lista de elegibles.

Aduce que el fallo proferido no comportó un estudio de fondo frente a las verdaderas condiciones que rodean los hechos planteados y la normativa aplicable al escenario de acceso a cargos públicos, omitiendo además el precedente producido por el órgano de segunda instancia perteneciente al Distrito Judicial de Pamplona, el cual comporta situaciones fácticas y jurídicas similares a la estudiada.

Resaltó las acciones transitorias adoptadas por la CNSC ante la declaratoria de la emergencia generada por el COVID 19, directrices que comportaban una suspensión de términos para los procesos cursantes en materia selección de elegibles, vigencia de listas, etc. De cara a lo referido, aduce que el fallo proferido se limitó a lo esbozado por las Accionadas en las contestaciones, obviando los

---

<sup>9</sup> Folio 634 y ss.

parámetros fijados en pro de prevenir la propagación del virus endémico, prorrogando así el tiempo de vigencia de cada proceso electivo.

Indicó que el artículo 6 de la ley 1960 de 2019 que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 le abrió la oportunidad de acceder a un nombramiento en razón al concurso, respecto del que existen vacantes, no sólo para el número OPEC al que concursó, sino para cualquier otra que haya surgido con posterioridad a la convocatoria, pero que los entes accionados se niegan a acatar aplicando conceptos contradictorios.

Insistió que, en compaginación a las normas citadas, al precedente referido y a las vacantes declaradas desiertas las cuales deben ser suplidas por personal de carrera meritoria, le asiste el amparo deprecado frente a los derechos amenazados por las Accionadas.

## CONSIDERACIONES

### COMPETENCIA. -

Este Tribunal es competente para conocer de la impugnación de la presente Acción de tutela según lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política y artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

Cabe anotar que a pesar de haberse mencionado la existencia de pronunciamientos judiciales anteriores<sup>10</sup>, por no haberlo planteado así la pasiva, nada obsta para que se emita decisión de mérito<sup>11</sup>.

### PROBLEMAS JURÍDICOS. -

Procurará esta Corporación dilucidar:

---

<sup>10</sup> Sentencia 18 de noviembre de 2019, radicación 76001333302120190023401, Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca y sentencia de 19 de mayo de 2020, Tribunal Administrativo de Risaralda, radicado 66001-33-003-2020-00127-01.

<sup>11</sup> "7.8. Si por alguna razón se omite por el sujeto demandado poner de presente las condiciones que admiten que el caso sea remitido a una misma autoridad, en los términos en que se disponen en el decreto en cita, ninguna consecuencia se deriva de ello en el campo procesal, pues el juez al que se le atribuya el caso deberá proceder a su trámite, según los criterios de competencia que hayan motivado su asignación, ante la falta de conocimiento de los supuestos que activan esta regla especial de reparto. De ahí que, al igual que ocurre con el Decreto 1382 de 2000, esta última tampoco es un motivo válido para suscitar un conflicto de competencia, o para declarar la nulidad de lo actuado en el curso del proceso". Corte Constitucional, Auto 172 de 2016.

1).- ¿La acción de tutela presentada por MARTHA CECILIA LUQUE VILLARREAL cumple con los requisitos generales de procedencia contra actos administrativos emitidos en un concurso de méritos?

2.- ¿Es aplicable el artículo 6 de la ley 1960 de 2019 a la convocatoria 433 ICBF?

3.- ¿Es vulneratorio de los derechos fundamentales de la accionante que tanto el ICBF como la CNSC usen el código OPEC para dar aplicación a la expresión “*cargos equivalentes no convocados*” contenida en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019?

### **REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA. -**

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Nacional, toda persona puede ejercer la acción de tutela mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, siempre que resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares. La acción de tutela resulta procedente cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial eficaz para la protección de sus derechos, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la consolidación de un perjuicio irremediable.

En esta medida, antes de pronunciarse de fondo sobre el caso concreto, es deber del juez constitucional verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, a saber: (i) la legitimación en la causa por activa y por pasiva, (ii) la inmediatez y (iii) la subsidiariedad<sup>12</sup>.

### **LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. -**

Este requisito de procedencia tiene por finalidad garantizar que quien interponga la acción tenga un “*interés directo y particular*” respecto de las pretensiones elevadas, de manera que el juez constitucional pueda verificar que “*lo reclamado es la protección de un derecho fundamental del propio demandante y no de otro*”. A su vez, esta acción debe ser ejercida en contra del sujeto responsable de la presunta

---

<sup>12</sup> Corte Constitucional, sentencia T 091 de 2018.

vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, sea este una autoridad pública o un particular<sup>13</sup>.

Por activa tenemos a MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL, ciudadana que agotó todas las etapas como concursante en la convocatoria 433 de 2016- ICBF y que al momento de la interposición de la acción integraba una lista de elegibles vigente, como ya verá a continuación, sobre la cual asienta su pedimento. Por pasiva tenemos el tándem INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, entidades públicas del orden nacional que comparten responsabilidades y funciones en el diseño, implementación y ejecución del concurso de la convocatoria ICBF 433.

De esa manera se da por acreditado este requisito.

#### **INMEDIATEZ. –**

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe presentarse en un término razonable computado a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. Este requisito tiene por finalidad preservar la naturaleza de la acción de tutela, concebida como *“un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados”*<sup>14</sup>.

Con el fin de orientar la labor del juez de tutela, la jurisprudencia constitucional ha identificado cinco criterios que ayudan a determinar, en cada caso, el cumplimiento del requisito de inmediatez: (i) la situación personal del peticionario, que puede hacer desproporcionada la exigencia de presentar la acción de tutela en un término breve; (ii) el momento en el que se produce la vulneración, ya que pueden existir casos de violación permanente de derechos fundamentales; (iii) la naturaleza de la vulneración, pues la demora en la presentación de la tutela puede estar relacionada, precisamente, con la situación que, según el accionante, vulnera sus derechos fundamentales; (iv) la actuación contra la que se dirige la tutela, ya que si se trata de una providencia judicial, el análisis debe ser más estricto, y (v) los efectos de la

---

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Corte Constitucional, sentencia SU 391 de 2016.

tutela en los derechos de terceros, quienes tienen la expectativa legítima de que se proteja su seguridad jurídica<sup>15</sup>.

En el caso de marras, tenemos varios actos que se candidatizan para ser contemplados como hitos a partir de los cuales se compute el tiempo de iniciación de los perjuicios; a saber, 27 de junio de 2019, fecha en la cual se promulgó la Ley 1960 de 2019, 1 de agosto de 2019 y 16 de enero de 2020 cuando se emitieron sendos “Criterios Unificados” que la interpretan, pues son un mecanismo administrativo por medio del cual la CNSC ejerce la función consignada en el literal h del artículo 11 de la Ley 909 de 2004<sup>16</sup>.

Dado que la Ley 1960 no irrogó perjuicio alguno a la Tutelante (y por el contrario le otorgó derechos), lo que le correspondía era esperar su acatamiento por las Accionadas. Podría afirmarse que la situación era pasible de la acción de cumplimiento, sin embargo, el inciso primero del artículo 9 de la Ley 393 de 1997 dispuso que este mecanismo es subsidiario a la tutela, por lo que no estaba obligada a agotarlo<sup>17</sup>, confluyendo aquí con el requisito de subsidiariedad como se analizará más adelante.

Con respecto a los “Criterios Unificados”, tenemos que el primero de ellos emitido por la CNSC en sesión de 1 de agosto 2019, que abordó el tema de la *“lista de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”*, estructuró el siguiente referente legal:

### CRITERIO ADOPTADO

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

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

En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad **únicamente es aplicable a las listas expedidas**

---

<sup>15</sup> *Ibídem*.

<sup>16</sup> “h) Expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa”;

<sup>17</sup> “La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela”.

**para los procesos de selección que fueron aprobadas con posterioridad al 27 de junio y por esa razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada<sup>18</sup>.**

\*Negrilla fuera de texto.

Dado que el Acuerdo gobernante de la convocatoria 433 fue el 201610000001376 de 5 de septiembre de 2016<sup>19</sup>, cual incontrovertiblemente precedió a la Ley 1960 de junio de 2019, según el Criterio Unificado antedicho sus listas de elegibles sólo podrán ser utilizadas para las precisas vacantes que ofertó. En esa medida, podría considerarse que al quitar el derecho al reuso de su lista, este Criterio Unificado debe ser el que inicia el cómputo temporal de la debida diligencia que la Accionante debió desplegar para hacerlos respetar.

Sin embargo, el 16 de enero de 2020 a través del *criterio unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”*, la CNSC revocó el de agosto de 2019, y en su lugar permitió que las listas procedentes de convocatorias anteriores a la Ley 1960 fuesen utilizadas en vacantes posteriores a ellas, siempre y cuando tuviesen el mismo número OPEC:

De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir las vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los **“mismos empleos”**; entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación, básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con el número de OPEC<sup>20</sup>.

\*Negrilla en el original.

Por lo tanto, habiéndose revocado el Criterio Unificado de agosto de 2019 que impedía la reedición de las listas, y habiéndose proferido un nuevo acto administrativo, el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020 que lo permitía (aunque con un condicionante nuevo, el código OPEC), es razonable tomar éste y no aquél como punto de partida del cómputo de inmediatez.

---

<sup>18</sup> <https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos#>

<sup>19</sup> Folio 97 y ss.

<sup>20</sup> Folio 187 y ss

Además, se acreditó la existencia de la Resolución 4970 del 24 de marzo de 2020, “Por la cual *la Comisión Nacional del Servicio Civil adopta medidas transitorias para prevenir y evitar la propagación de COVID-19*”<sup>21</sup>, la cual dispuso “*Suspender los cronogramas y términos en los procesos de selección que adelanta la CNSC, incluidos aquellos atinentes a las reclamaciones, solicitudes de exclusión, expedición de listas y firmeza individual y general de listas a partir del 24 de marzo y hasta el 13 de abril de 2020*” (artículo primero) e “*Interrumpir los términos de caducidad y prescripción de los diferentes procesos que adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil; en consecuencia, las dependencias deberán adoptar las medidas necesarias en las actuaciones que se encuentren en curso y en las que se computen términos para dar cumplimiento a lo dispuesto*” (artículo primero), siendo notable que este acto administrativo ordenó “*Suspender la atención al público de manera presencial a partir del 24 de marzo y hasta el 13 de abril de 2020; no obstante, el Grupo de Atención a PQR y Orientación al Ciudadano continuará atendiendo los canales previstos en los horarios establecidos, como el chat, correo electrónico, atención telefónica y ventanilla única, a través de la página web de la Comisión*” (artículo quinto).

La vigencia de este acto administrativo fue prorrogada inicialmente hasta el 26 de abril (Resolución 5265 del 13 de abril de 2020)<sup>22</sup> y luego hasta el 11 de mayo (Resolución 5804 del 24 de abril de 2020)<sup>23</sup>.

El hecho que tales actos administrativos efectivamente hayan extendido la vigencia de la lista de elegibles fue descartada por la CNSC, pues según ésta, su decisión de 27 de mayo de 2020 concluyó que “*la Declaratoria de Emergencia Nacional no afectó la vigencia de las listas de elegibles. Por cuanto, tal como se explicó en líneas precedentes, la disposición aplicable al Decreto 491 de 2020, habilitó el nombramiento de quienes se encuentran en posición meritoria dentro de una lista de elegibles en firme, y en ese sentido los efectos de la vigencia de éstas continuaron intactos, permitiendo hacer uso de éstas*”<sup>24</sup>.

Atendiendo que esta acción de tutela fue interpuesta por MARTHA CECILIA LUQUE VILLARREAL el 28 de julio de 2020<sup>25</sup>, que su lista fue emitida el 17 de julio de 2018<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> Folios 246 y 247.

<sup>22</sup> Folios 248 y 249.

<sup>23</sup> Folios 250 y 251.

<sup>24</sup> Folio 550.

<sup>25</sup> Folio 2.

<sup>26</sup> Folio 141 y ss.

y que tiene una vigencia de dos años desde su firmeza, extendiéndose tal término hasta el 30 de julio de 2020 según el CNSC<sup>27</sup>, es irrefutable que el amparo se radicó estando vigente.

Ahora, el argumento central con el cual se despachó desfavorablemente la tutela por la *A quo* fue que la Accionante acudió al mecanismo de amparo “a dos días de su **caducidad**, sin que se observe justificación para no hacerlo en el momento señalado<sup>28</sup>”.

Lejos de tal conclusión, esta Corporación haya justificado el proceder de la Accionante, en la medida en que si se considera el Criterio Unificado CNSC de enero de 2020 como hito para sondear su incuria y por medio del Decreto 457 de 2020 de 22 de marzo de 2020 el Gobierno Nacional ordenó el aislamiento preventivo obligatorio, el cual en sus avatares se extendió, en lo que a esta acción interesa, hasta el 15 de julio de 2020 en virtud del Decreto 978 de 2020, constatamos la existencia de una situación superlativamente inédita que incuestionablemente impactó la posibilidad de ejercicio efectivo de derechos de la ciudadanía.

Es irrelevante para el caso si hubo extensión en la vigencia de las listas, no sólo porque la acción se interpuso en su vigencia, sino además porque el artículo 14 del Decreto 491 de 28 de marzo que posibilitó los nombramientos en medio de la pandemia no hizo referencia a ello<sup>29</sup>, mientras que la referida Resolución 4970 del 24 de marzo de 2020 ordenó genéricamente a la CNSC “*Interrumpir los términos de caducidad y prescripción de los diferentes procesos que adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil*”, siendo tal vencimiento equiparable a la caducidad, como acertadamente consideró la *A quo*.

A juicio de la Corporación, este estado de cosas que se puede calificar sin ambages como calamitoso, justifica satisfactoriamente que la acción de tutela haya sido

---

<sup>27</sup> Folio 199.

<sup>28</sup> Folio 615.

<sup>29</sup> “*Artículo 14. Aplazamiento de los procesos de selección en curso. Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, para garantizar la participación en los concursos sin discriminación de ninguna índole, evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento social, se aplazarán los procesos de selección que actualmente se estén adelantando para proveer empleos de carrera del régimen general, especial constitucional o específico, que se encuentren en la etapa de reclutamiento o de aplicación de pruebas. Las autoridades competentes deberán reanudar dichos procesos una vez se supere la Emergencia Sanitaria. En el evento en que el proceso de selección tenga listas de elegibles en firme **se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones señalados en la normatividad vigente aplicable a la materia.** La notificación del nombramiento y el acto de posesión se podrán realizar haciendo uso de medios electrónicos. Durante el período que dure la Emergencia Sanitaria estos servidores públicos estarán en etapa de inducción y el período de prueba iniciará una vez se supere dicha Emergencia*”.

\*Subrayado propio.

radicada el 28 de julio de 2020, apenas 12 días después de los 6 meses siguientes a la producción del Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, pero en todo caso, en la vigencia inicial de la lista de elegibles.

Adicionalmente, no puede desdeñarse que obran en la actuación respuestas a derechos de petición radicados por la Accionante, a saber, de la CNSC de 3 de abril de 2020<sup>30</sup> y del ICBF de 5 de marzo de 2020<sup>31</sup> que acreditan la realización de acciones positivas tendientes a recaudar información sobre su derecho.

### **SUBSIDIARIEDAD. -**

Sobre este criterio, que controla el ejercicio suplementario de la acción de tutela, ha señalado la Corte Constitucional:

44. La acción de tutela procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial efectivo para la protección de sus derechos fundamentales o, en caso de existir tal recurso judicial, se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El carácter subsidiario de esta acción *“impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales (...) y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional”*.

45. No obstante, la Corte ha advertido que el estudio de la subsidiariedad de la acción de tutela no consiste en una mera verificación formal de la existencia de otros mecanismos judiciales o administrativos. Por el contrario, le corresponde al juez constitucional analizar la situación particular del accionante y los derechos cuya protección se solicita, con el fin de comprobar si aquellos resultan eficaces para la protección de los derechos fundamentales. Por ejemplo, en los asuntos que involucran derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, el análisis del cumplimiento del requisito de subsidiariedad es menos riguroso, debido al interés superior de los menores de edad, garantizado por el artículo 44 de la Constitución.

46. De manera reiterada, la Corte ha advertido que el juez constitucional debe determinar si los medios de defensa judicial disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien acude a la acción tutela. Si no es así, puede otorgar el amparo de dos maneras distintas: (i) como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria, y (ii) como mecanismo

---

<sup>30</sup> Folio 199 y ss.

<sup>31</sup> Folio 201 y ss.

eficaz de protección de los derechos fundamentales. La primera posibilidad implica que, si bien las acciones ordinarias pueden proveer un remedio integral, no son lo suficientemente expeditas para evitar un perjuicio irremediable. La segunda, que el medio de defensa ordinario no ofrece una solución integral para la protección de los derechos fundamentales comprometidos.

47. La existencia de las otras vías judiciales debe ser analizada en cada caso concreto, en cuanto a su eficacia. Si no permiten resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrecen una solución integral para el derecho comprometido, es procedente la acción de tutela como mecanismo de amparo definitivo de los derechos fundamentales invocados<sup>32</sup>.

Con ese lineamiento, le corresponde a esta corporación determinar *i*). - si existe otro mecanismo de defensa judicial, *ii*). - si de existir brinda protección “*eficaz y completa*”, y finalmente, si no es así, *iii*). - determinar si se debe otorgar el amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o como “*mecanismo de amparo definitivo de los derechos fundamentales invocados*”.

Como esta actuación versa sobre un derecho particular y concreto consignado en un acto administrativo, el escenario natural en que debería darse el debate sería la acción de nulidad y restablecimiento consignada en el artículo 138 CPCA<sup>33</sup>. Sin embargo, tratándose de concurso de méritos, profusa ha sido la jurisprudencia constitucional sobre la posibilidad de ejercicio de la acción de tutela, a pesar de la existencia de otro mecanismo de defensa judicial.

En un caso fácticamente similar al que se estudia, consistente en que una integrante de la lista de elegibles ubicada en una posición (5) que excedía la de plazas convocadas (2), quien aspiraba a que tal fuera utilizada para proveer las vacantes definitivas, expresó la Corte Constitucional:

De forma pacífica, la Corte ha señalado que conforme al artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, al que se puede recurrir ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de los derechos invocados o cuando

<sup>32</sup>Corte Constitucional, sentencia T 091 de 2018.

<sup>33</sup> Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

existiendo se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por consiguiente, si hubiere otras instancias judiciales que resultaren eficaces y expeditas para alcanzar la protección que se reclama, el interesado debe acudir a ellas, antes de pretender el amparo por vía de tutela. Es decir, la subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto, pues el amparo no puede desplazar los mecanismos de defensa previstos en la correspondiente regulación común.

De esta manera, en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos esta Corporación ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de **la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos.**

(...)

Al hilo de lo expuesto, se concluye que según la jurisprudencia de esta Corporación, **la acción de tutela es el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir asuntos referentes a la provisión de cargos de carrera de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles por los concursos de mérito**, por cuanto, como se verá en el siguiente acápite, se pretenden garantizar no solo los derechos a la igualdad y al debido proceso, sino además la debida aplicación del artículo 125 de la Constitución Política<sup>34</sup>. Negrilla fuera de texto.

Como ya se refirió, no procedía la acción de cumplimiento en la actuación que hoy nos ocupa.

Considerando nuevamente que el hito iniciático es el Criterio Unificado CNSC de 16 de enero de 2020, la acción de nulidad y restablecimiento, prevalente dentro de la actuación, con la salvedad anotada para el concurso de méritos, hubiese caducado, sin contratiempos, el 16 de mayo del mismo año. Sin embargo, desde el 16 de marzo de 2020 el H. Consejo Superior de la Judicatura ordenó la suspensión de términos por medio del Acuerdo PCSJA20-11517 de 15 de marzo de 2020, detención que se extendió hasta el 1 de julio de los corrientes, cuando tales fueron reanudados por medio del Acuerdo PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020.

---

<sup>34</sup> Corte Constitucional, sentencia T 112 A de 2014.

Realizando el cómputo respectivo, verificamos que la nativa acción de nulidad y restablecimiento sólo habría caducado hasta el 2 de septiembre de 2020, por lo que se demuestra que el amparo se inició dentro de tal término, por lo que se descarta que esta acción sea usada para contrarrestar la desidia de la Accionante en tal punto.

En ese orden, esta Corporación considerará superado el requisito de subsidiariedad en función de la ineficacia del mecanismo prevalente y la imposibilidad de ejercicio en gran parte de su lapso de caducidad.

Decisión de avocamiento material que, entre otras, encuentra respaldo en la sentencia T-551 de 2017<sup>35</sup> y en nuestros precedentes horizontales, como son los fallos con radicados 54-518-22-08-002-2019-0005-00, 54-518-22-08-003-2017-00017-00 y 54-518-31-84-001-2020-00021-01.

## CASO CONCRETO

1.- Cribadas las argumentaciones expuestas por los sujetos procesales, se precisa la materia objeto de la controversia en que la accionante MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL se postuló y agotó todas las etapas de la convocatoria 433 de 2016 para proveer el cargo de profesional especializado código 2028 grado 17 en el ICBF radicado en la Regional Santander, la cual culminó satisfactoriamente (y sin que en esta acción nada se le reproche), con la lista de elegibles elaborada por el CNSC mediante Resolución 72935 del 17 de julio de 2018 en la que se ubicó en sexto lugar<sup>36</sup>, lo que arrojó el nombramiento en los empleos a quienes ocuparon los tres primeros lugares vacantes ofertados, según informó el ICBF mediante oficio 202012100000060601 del 2020 del ICBF<sup>37</sup>.

2.- Así, la pretensión de la Accionante se especifica en que, saturada por otras personas la pretensión laboral inicial que motivó su inscripción en la convocatoria,

---

<sup>35</sup> "En el caso concreto, la Sala considera que debe analizarse la procedencia de la tutela como mecanismo definitivo de protección, toda vez que en el proceso de selección para ocupar el cargo de dragoneante y de ascensos del INPEC que ya cuenta con lista de elegibles, i) las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces<sup>35</sup> para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes<sup>35</sup> y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo<sup>35</sup>, es decir, se necesita una acción de protección inmediata<sup>35</sup>; y, ii) se trata de un acto administrativo a través del cual se establecen criterios sobre los resultados de la prueba médica de los aspirantes, viéndose posiblemente lesionado derechos fundamentales de aquellos, al concurso de mérito."

<sup>36</sup> Folio 141 y ss.

<sup>37</sup> Folio 201 y ss.

se le ampare el derecho a postularse a un cargo homólogo en el ICBF en tanto que integrante de la lista de elegibles fruto de un concurso de méritos.

3.- En auxilio de su pretensión expone que en la Resolución CNSC 72935/18 que confeccionó su lista de elegibles consignó tal derecho en su numeral cuarto la consolidación de las listas con miras a su reúso<sup>38</sup>, aunque tal fue revocada por la Resolución CNSC 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, por ser incompatible con la sentencia SU 446 de 2011 de la Corte Constitucional, el Decreto 1894 de 11 de septiembre de 2012 y el Acuerdo 20161000001376 (marco de la plurimencionada convocatoria).

4.- Argumento estelar de la Accionante es que la irrupción del artículo 6 de la Ley 1960 de junio 27 de 2019 (que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004)<sup>39</sup>, la cual reflató la posibilidad de reúso de su lista de elegibles.

5.- En su respuesta a esta acción<sup>40</sup>, la CNSC pretextó la imposibilidad de hacer uso de la lista de la elegibles de la accionante porque i) la Ley 1960 de 2019 no tiene aplicabilidad retrospectiva, es decir no puede incidir en la convocatoria 433 ICBF por serle anterior ya consolidada, ii) porque la Accionante no ocupó una posición meritoria, lo que implica que ostenta una mera expectativa y iii) porque su lista de elegibles se encuentra vencida.

Así mismo ratificó la aplicabilidad al caso del "*criterio unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019"*"<sup>41</sup> emitido por la CNSC en sesión de 16 de enero de 2020 (acto que se ha identificado como el presuntamente lesivo de los derechos fundamentales de la Accionante), el cual diluyó la posibilidad de reúso de la lista, puesto que asimiló la categoría "mismo empleo", útil para cubrir las vacantes definitivas surgidas con posterioridad a la convocatoria mencionados en tal Ley, sólo a aquel que comparte el mismo código OPEC:

---

<sup>38</sup> "ARTICULO CUARTO. - Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de méritos para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo, dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados".

<sup>39</sup> 4.- Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

<sup>40</sup> Folio 542 y ss.

<sup>41</sup> Folio 548.

De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir las vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los **“mismos empleos”**; **entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación, básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con el número de OPEC**<sup>42</sup>.

\*Negrilla y subrayado fuera de texto.

Como NO EXISTE OTRO CARGO CON EL MISMO CODIGO OPEC, actualmente la Accionante no cuenta con la posibilidad de acceder a las vacantes definitivas para el cargo al que concursó, profesional especializado código 2028 grado 17, a pesar de haber integrado una lista de méritos que agotó un concurso de méritos.

6.- Mediante oficio 20201020333541 de 3 de abril de 2020, la CNSC dio respuesta a derecho de petición de la Accionante. En esta comunicación, la Entidad refirió, con base en el Criterio Unificado de enero de 2020 que la OPEC, que para proveer las vacantes no ofertadas *“la Comisión nacional procederá a verificar las listas vigentes de la entidad que cumplan con las características de los empleos que requieran ser provistas”*, resaltando más adelante que *“a la fecha no existe solicitud de uso de lista de elegibles por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para proveer vacantes iguales al empleo ofertado Nro. 38762, razón por la cual no resulta viable que esta Comisión Nacional realice trámite alguno al respecto”*<sup>43</sup>.

Por otra parte, mediante oficio 202012100000060601 de 5 de marzo de 2020, el ICBF respondió derecho de petición a la Accionante, ratificando que sí se utilizarían las listas de elegibles de la convocatoria 433, pero bajo el entendido que se haría merced al código OPEC:

De lo anterior se colige, que el ICBF no debe ni puede hacer uso de la lista elegibles para proveer empleos similares o equivalentes, pues eso sólo es posible para los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, y la convocatoria 433 de 2016 adelantada por la CNSC para proveer las 2470 vacantes definitivas del ICBF inició con la firma del acuerdo número 20161000001376 de fecha 5 de septiembre de 2016.

---

<sup>42</sup> Folio 187 y ss.

<sup>43</sup> Folio 200.

Con fundamento en lo anterior, **es claro que los empleos con los que se hará el uso de la lista de elegibles, son aquellos que cumplen con los criterios de: *mismos empleos entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.***

De ahí que para realizar la provisión de las vacantes definitivas de acuerdo con el Criterio Unificado de fecha 16 de enero 2020, el primer filtro que realizará el ICBF obedece a la UBICACIÓN GEOGRÁFICA seguido de los criterios anteriormente señalados, por lo que no es viable hacer uso de listas para ubicación geográfica DIFERENTE a la señalada en la correspondiente OPEC de la que usted participó<sup>44</sup>.

\*Negrilla fuera de texto.

Tal postura fue ratificada en respuesta a esta acción por el ICBF:

Con base en esa directriz, toda vez que, para los empleos descritos, ofertados dentro de la Convocatoria 433 de 2016, entre otras, **NO existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC, por no corresponder con los criterios de perfil y ubicación geográfica, tal y como se explicó en el acápite factico de este pronunciamiento.**<sup>45</sup>

(...)

Es importante establecer que, para hacer uso de las listas de elegibles conforme al Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, el empleo debe coincidir en su totalidad con cada uno de los parámetros de “***igual denominación, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC***”. Señalados por la CNSC<sup>46</sup>.

\*Subrayado en el original

7.- En profuso y expreso desarrollo jurisprudencial, nuestra Corte Constitucional ha planteado y ratificado la relevancia y trascendencia que el principio del mérito tiene en nuestra Carta Política y en la fórmula del Estado Social de Derecho. En sentencia C 046 de 2018 el artículo 125 superior que la entroniza, fue desglosado así por la Corte Constitucional:

El alcance de este artículo ha sido examinado y desarrollado ampliamente en la jurisprudencia constitucional, la cual ha dicho que la carrera administrativa es un eje axial del Estado Social de Derecho

---

<sup>44</sup> Folio 206.

<sup>45</sup> Folio 538.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

y que tal garantía se erige sobre tres elementos determinantes: (i) el mérito; (ii) el concurso de méritos; y (iii) la igualdad de oportunidades para dar plena efectividad a los fines estatales al mismo tiempo que asegura los derechos fundamentales de las personas como la igualdad, el acceso a cargos públicos y la participación. Así pues, de la norma Superior se desprenden cuatro pilares fundamentales que pueden entrecruzarse de su literalidad, estos son: (i) la carrera administrativa como regla general para asegurar el principio del mérito en la función pública; (ii) el concurso de méritos como mecanismo de garantía del mérito; (iii) la potestad de configuración del Legislador en este ámbito; y (iv) la posibilidad de una estructura de la función pública con cargos de libre nombramiento y remoción, elección popular, oficiales y los demás determinados en la ley, como excepciones a la regla general. Dichos elementos se interrelacionan en el desarrollo de la función pública, por lo que deben observarse de forma holística desde los demás preceptos constitucionales aplicables a la materia.

En precedente pronunciamiento había expresado la misma Corporación:

La carrera es considerada un **principio constitucional, definitorio en la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho** desde tres criterios: (i) El carácter histórico, con el cual se indica que a través de la historia del constitucionalismo colombiano han sido formuladas diversas reformas constitucionales y legales tendientes a hacer prevalecer el sistema de carrera como la vía por excelencia para acceder al servicio público y de esa manera eliminar prácticas clientelistas, de “amiguismo” o nepotismo, basadas en la función pública y en generar que se acceda a los cargos estatales equitativa y transparentemente realizando una valoración del mérito de los aspirantes. (ii) El segundo criterio es conceptual y hace referencia a que la carrera debe ser entendida como un principio constitucional que cumple con dos objetivos: (i) ser el estándar y método por excelencia para ingresar al servicio público y; (ii) generar una fórmula de interpretación de las reglas relativas al acceso a cargos del Estado que deben comprenderse a tal punto que cumplan los requisitos y finalidades de la carrera, especialmente el acceso de acuerdo al mérito de los aspirantes. (iii) El último criterio es teleológico, por cuanto guarda una estrecha relación con las finalidades que tiene la carrera en el Estado constitucional. Por tal motivo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que al interpretar armónicamente el contenido del artículo 125 C.P. con normas superiores lleva a concluir que el principio de carrera tiene una función articuladora de diversos fines que cuentan con un reconocido valor para el ordenamiento constitucional<sup>47</sup>.

Incluso, la Corte Constitucional no ha sido ajena a la utilidad de la herramienta para erradicar deplorables prácticas que afligen la Nación. En sentencia T 180 de 2015 refirió:

---

<sup>47</sup> Corte Constitucional, sentencia C 034 de 2015.

El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.

En el mismo sentido, la sentencia T 604 de 2013 señaló que es un “*Principio constitucional de obligatorio cumplimiento para ingreso, ascenso y retiro de empleo público*”, y añadió:

Los sistemas de ingreso basados en el mérito tienen como objeto garantizar la permanencia de los empleados y funcionarios en los cargos públicos del Estado y el acceso de los ciudadanos a la administración de acuerdo a sus cualidades, talentos y capacidades. Así mismo, constituye plena garantía que consolida el principio de igualdad, en la medida en que propende por eliminar las prácticas de acceso a la función pública basadas en criterios partidistas, los cuales han sido imperantes en nuestro país a lo largo de toda su historia.

8.- Fijada la preeminencia del principio de carrera, corresponde a esta Corporación determinar el impacto y relevancia constitucional que la Ley 1960 de 2019 pudo tener en la convocatoria 433 ICBF.

9.- Si bien la *ratio decidendi* de la sentencia SU 446 de 2011 fue que las listas de elegibles sólo podían ser utilizadas para proveer los cargos que hubiesen sido previa y expresamente ofertados<sup>48</sup>, tal parámetro varió sustancialmente con la promulgación de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, pues le otorgó a las listas la utilidad de cubrir las “*vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso*”:

---

<sup>48</sup> “Es importante señalar, que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos, el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso y no para otros, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel: el de las plazas a proveer. El segundo, que, durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar sólo las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros. Por tanto, no se puede afirmar que existe desconocimiento de derechos fundamentales ni de principios constitucionales cuando la autoridad correspondiente se abstiene de proveer con dicho acto empleos no ofertados. ¿Qué significa esta última función de la lista o registro de elegibles? Nada diverso a que las entidades públicas en cumplimiento del artículo 125 de la Constitución Política están obligadas a proveer únicamente las vacantes que se presenten en la respectiva entidad y que correspondan estrictamente a los cargos ofertados, respetando siempre el orden de su conformación. Cuando esta Corporación afirma que la lista o registro de elegibles tiene por vocación servir para que se provean las vacantes que se presenten durante su vigencia, se está refiriendo a los cargos objeto de la convocatoria y no a otros, pese a que estos últimos puedan tener la misma naturaleza e identidad de los ofrecidos. En otros términos, el acto administrativo en análisis tiene la finalidad de servir de soporte para la provisión de los empleos que fueron objeto de concurso y no de otros. En consecuencia, si en vigencia de la lista se presenta una vacante, ésta se podrá proveer con ella si la plaza vacante fue expresamente objeto de la convocatoria que le dio origen. Los cargos que se encuentren por fuera de ésta, requerirán de un concurso nuevo para su provisión. Se puede concluir, entonces, que el uso del registro o lista de elegibles se impone sólo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registre la entidad durante su vigencia, siempre y cuando se trate de las plazas ofertadas en el respectivo concurso”

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

10.- Claro el sentido y la vocación de la Ley 1960, es necesario analizar su aplicabilidad en la convocatoria 433, cuestión que las Accionadas aceptan tácitamente, aunque en estricta consideración al código OPEC, según el Criterio Unificado de enero de 2020.

11.- El primer parámetro de solución de este interrogante, la aplicabilidad de la Ley 1960 a la convocatoria de marras, es el elegido por la CNSC, quien sostuvo que no puede darse una aplicación “retrospectiva” de la Ley 1960 a situaciones que como las de la Convocatoria 433, ya se encuentran consolidadas.

Si bien la ley 1960 señaló que entraba en vigencia desde su promulgación (27 de junio de 2019), refirió que la lista de elegibles se aplicaría a las vacantes “**que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad**”, y en ese orden, surgiría la incógnita de si la norma puede incidir en convocatorias aprobadas antes, como la ICBF 433.

De la mera lectura de su texto se deduce que la propia ley está marcando su ámbito temporal de aplicación, pues no es su hito iniciático la emisión de la convocatoria (ni mucho menos sus actos previos), sino que, aun habiendo sucedido ello, el legislador ordenó su incidencia en las vacantes que surjan con posterioridad a ella, cual es el caso.

No debe olvidarse que el concurso de méritos es un proceso con varias fases, siendo la última (y una de las principales por ser su objeto), la de que con la lista de elegibles “*y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad*”, siendo ésta precisamente la modificación introducida al numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004”.

En esa medida, no puede considerarse que la emisión de la convocatoria o la conformación de la lista de elegibles petrifica el concurso, el cual por el contrario ingresa en su periodo de mayor dinamismo y relevancia, pues la lista continúa desplegando efectos jurídicos en el tiempo mientras el registro conserve su vigencia, como es aquí el caso.

Entonces, al no haber acaecido una situación jurídica consolidada, no puede afirmarse que la Ley 1960 no podía aplicarse a la convocatoria 433.

Adicionalmente, como lo ha señalado la Corte Constitucional, el artículo 125 de la Constitución Nacional introduce un criterio de interpretación legal que aboga decididamente por la plena eficacia de las normas de carrera administrativa:

5. El segundo criterio es de carácter *conceptual* y refiere al entendimiento de la carrera administrativa como un **principio constitucional**. Al respecto debe partirse de considerar que otorgar a una materia en particular la condición de “principio” no solo tiene una consecuencia categorial, esto es, ubicarla como uno de los pilares en que sustenta el ordenamiento superior, sino que **también conlleva particulares funciones hermenéuticas**. Como lo ha señalado la Corte en fallos anteriores,<sup>[10]</sup> el principio de la carrera administrativa cumple el doble objetivo de (i) servir de estándar y método preferente para el ingreso al servicio público y; (ii) **conformar una fórmula interpretativa de las reglas que versen sobre el acceso a los cargos del Estado, las cuales deberán comprenderse de manera tal que cumplan con los requisitos y finalidades de la carrera administrativa, en especial el acceso basado en el mérito de los aspirantes. En términos de la jurisprudencia, “[e]s tal la importancia de la carrera administrativa en el ordenamiento constitucional instituido por la Carta de 1991, que la Corte le ha reconocido el carácter de principio constitucional,<sup>[11]</sup> bajo el entendimiento de que los principios “suponen una delimitación política y axiológica”, por cuya virtud se restringe “el espacio de interpretación”, son “de aplicación inmediata tanto para el legislador constitucional” y tienen un alcance normativo que no consiste “en la enunciación de ideales”, puesto que “su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica, sin la cual cambiaría la naturaleza de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser”<sup>[12]</sup>. || Dada la categoría de principio constitucional que le corresponde, en la providencia citada la Corte concluyó que “en el estado social de derecho la carrera administrativa constituye un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-**

***jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional***<sup>49</sup>.

\*Negrilla fuera de texto.

O sea, si se considerase que existe un dilema sobre la interpretación de la Ley 1960 en función de su aplicabilidad de la convocatoria 433, no puede apelarse por aquella que implique la contracción del sistema de carrera, pues ello contrariaría los *“requisitos y finalidades”*<sup>50</sup> del principio constitucional de la carrera administrativa (artículo 125 Superior), que además, en su faceta de norte hermenéutico, orienta la debida interpretación legal.

En esa medida, debe considerarse sin ambages que la Ley 1960 rige para la Convocatoria 433, y por ello, por lo que se constituye como un parámetro obligatorio para su ejecución, por lo que su inobservancia afrenta el derecho fundamental al debido proceso.

12.- Como se relacionó anteriormente, en su Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, la CNSC asimiló el concepto de *“cargo equivalente no convocado”* señalado en la Ley 1960, con la OPEC, Oferta Pública de Empleos de Carrera. La OPEC está integrada por la *“información correspondiente al nivel, la denominación, el grado y la asignación salarial de cada empleo, el propósito y las funciones del empleo, los requisitos de estudio, experiencia y las alternativas; la dependencia, el municipio donde se ubica el cargo y el número de vacantes del empleo a proveer”*<sup>51</sup>.

Haciendo eco del Criterio Unificado de la CNSC, el ICBF expuso la asimilación del empleo equivalente por la OPEC:

La OPEC, según definición de la CNSC es el *“listado donde se encuentran las vacantes definitivas que requieren cubrir una entidad el cual se consolida basándose en los manuales de funciones y competencias laborales de los empleos que conforman la planta de personal”*. Así las cosas, la OPEC es la lista de vacantes a proveer en el marco de una determinada convocatoria.

<sup>49</sup> Corte Constitucional, sentencia C 533 de 2010.

<sup>50</sup> “La carrera administrativa constituye un principio del ordenamiento superior y del Estado Social de Derecho con los siguientes objetivos: (i) realizar la función administrativa (art. 209 superior) que está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, (ii) cumplir con los fines esenciales del Estado (art. 2 constitucional) como lo son el servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, (iii) garantizar el derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político a través del acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40-7 de la Constitución), (iv) proteger el derecho a la igualdad (art. 13 de la Carta), y (v) salvaguardar los principios mínimos fundamentales de la relación laboral contemplados en el artículo 53 de la Carta”. Corte Constitucional, sentencia C 288 de 2014.

<sup>51</sup> <https://grupoguard.com/co/ayuda/convocatorias/opec/>

En un establecimiento del orden nacional como el ICBF, que tiene miles de cargos a lo largo del país, se hizo un estudio geográfico de distribución con base en el cual se proyectó la respectiva OPEC para las diferentes Regionales, bajo criterios que no pueden ser desconocidos en el presente asunto<sup>52</sup>.

Valga anotar que la asimilación de la equivalencia de cargos al OPEC es de reciente invención por la CNSC, pues incluso en el Criterio Unificado de 1 de agosto de 2019 (que también abordó la incidencia de la Ley 1960 en los trámites meritorios que la precedieron y la sucederán), derogado por el de 16 de enero de 2020, ni siquiera lo mencionó.

Tal asimilación, la de “*empleo equivalente*” con la OPEC, ostenta dos dificultades, una jurídica y una práctica.

En cuanto a lo jurídico, debe atenderse que el Decreto 1083 de 2015 “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*”, definió “empleo equivalente” en los siguientes términos:

ARTÍCULO 2.2.11.2.3 *Empleos equivalentes*. Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.

Nótese cómo la definición legal es más estrecha que la insertada en el Criterio Unificado, pues la de éste añade criterios como “nivel”, “asignación salarial idéntica”, “propósito”, “dependencia”, “municipio donde se ubica el cargo” y “número de vacantes del empleo a proveer”, lo que implica un abierto desafío al criterio hermenéutico consignado en el artículo 28 del Código Civil que dispone que “*Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal*”. (Negrilla fuera de texto).

---

<sup>52</sup> Folio 532 y 533.

En el aspecto concreto, debe considerarse que el propósito de la Ley 1960 fue ordenar la utilización de las listas existentes para proveer las “*vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad*”, o sea, reglamentar que las plazas que no estaban disponibles para el inicio de la convocatoria puedan ser provistas por el sistema de mérito; Por el contrario, la definición de la CNSC, al reducir la equivalencia de los cargos a su identidad OPEC que los detalla infinitesimalmente (considerando incluso su ubicación territorial o su “*propósito*”), amplifica considerablemente una restricción, lo cual es contrario a la vocación expansiva del sistema de carrera.

De otro lado, la visión de “equivalencia del cargo OPEC”, implicaría que el artículo 6 de la Ley 1960 reduciría dramáticamente su efecto práctico, pues quien concursara para un cargo, pero no se posicionara dentro del número de vacantes ofertadas, sólo podría optar por **el mismo cargo** (como lo reconoció la CNSC<sup>53</sup>), prerrogativa con la que de todas maneras cuenta por el hecho mismo de integrar la lista.

Además, gramaticalmente “equivalencia”, en un sentido eficaz para el concurso de méritos, implica “*Igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o más cosas o personas*”<sup>54</sup>, teniendo por “igual” “*que tiene las mismas características que otra persona o cosa en algún aspecto o en todos*” y “*muy parecido o semejante*”<sup>55</sup>, o sea, una relación basada en similitud parcial, mientras que la definición OPEC implica considerar como equivalente sólo lo que es idéntico.

En ese orden de ideas, la interpretación efectuada por la CNSC de que los cargos equivalentes sólo son los que comparten el mismo código OPEC es constitucionalmente inadmisibles, y por ello, no es un argumento atendible para negar el derecho reclamado por la Accionante.

Con base en las anteriores consideraciones, es claro que el Concepto Unificado de enero de 2020 es ostensiblemente inconstitucional, en la medida en que desafía flagrantemente el artículo 125 de la Constitución Nacional, no sólo en el espíritu que

---

<sup>53</sup> “a la fecha no existe solicitud de uso de lista de elegibles por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar **para proveer vacantes iguales al empleo ofertado Nro. 38762**”. Folio 200.

<sup>54</sup> <https://dle.rae.es/equivalencia>

<sup>55</sup> <https://dle.rae.es/igual?m=form>. Negrilla fuera de texto.

lo alienta (la carrera administrativa como regla general y el ingreso y permanencia exclusivamente basado en el través del mérito), sino además por cuanto no consideró tal precepto como un referente hermenéutico, pues de haberlo hecho, habría utilizado la existente definición de “empleo equivalente” del Decreto 1083 de 2015, que amplifica el radio de acción de la carrera administrativa, en vez de concebir una restricción más amplia, que detalla la similitud de cargos hasta recortar ostensiblemente la posibilidad de que las listas puedan ser reutilizadas.

En ese orden de ideas, esta Corporación hará uso de la excepción de inconstitucionalidad<sup>56</sup> consignada en el artículo 4 de la Constitución Política, e inaplicará para el caso el “*criterio unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”*”.

13.- Refutadas las argumentaciones con base en las cuales se pretendió escamotear la posibilidad de que la lista de la Accionante pudiese ser utilizada para proveer las vacantes surgidas con posterioridad a la Convocatoria, esta Corporación, acatando además su precedente horizontal que resolvió idéntica situación por medio de sentencia de 30 de junio de 2020 dentro del radicado 54-518-31-12-002-2020-00033-01, amparará los derechos fundamentales conculcados dando las órdenes respectivas para su restablecimiento.

14.- Con relación a la extensión de esta decisión, debe señalarse que la posibilidad de emitir una decisión *inter comunis* (al margen del análisis de si esta Corporación tiene competencia para ello), impondría los siguientes requisitos:

No obstante, en aras de discusión, si se llegare a decir que se producen efectos *inter comunis*, pese a que por regla general los fallos de la Corte Constitucional en sede de tutela producen efectos *inter partes*, esta Corporación con el fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución y particularmente para proteger el derecho a la igualdad, ha admitido extender los efectos de sus decisiones en sede de tutela, otorgándole efectos *inter comunis*, cuando sea estrictamente necesario evitar la repetición de violaciones de los derechos tutelados.

---

<sup>56</sup> “La jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto *inter partes*, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política”. Corte Constitucional, sentencia SU 132 de 2013.

Al respecto en la Sentencia SU-1023 de 2001, esta Corporación desarrolló las razones que justifican la extensión de los efectos a los fallos de tutela. En dicha oportunidad indicó:

*“Existen circunstancias especialísimas en las cuales la acción de tutela no se limita a ser un mecanismo judicial subsidiario para evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales solamente de los accionantes. Este supuesto se presenta cuando la protección de derechos fundamentales de los peticionarios atente contra derechos fundamentales de los no tutelantes. Como la tutela no puede contrariar su naturaleza y razón de ser y transformarse en mecanismo de vulneración de derechos fundamentales, dispone también de la fuerza vinculante suficiente para proteger derechos igualmente fundamentales de quienes no han acudido directamente a este medio judicial, **siempre que frente al accionado se encuentren en condiciones comunes a las de quienes sí hicieron uso de ella y cuando la orden de protección dada por el juez de tutela repercuta, de manera directa e inmediata, en la vulneración de derechos fundamentales de aquellos no tutelantes.***

*En otras palabras, hay eventos excepcionales en los cuales **los límites de la vulneración deben fijarse en consideración tanto del derecho fundamental del tutelante como del derecho fundamental de quienes no han acudido a la tutela, siempre y cuando se evidencie la necesidad de evitar que la protección de derechos fundamentales del accionante se realice paradójicamente en detrimento de derechos igualmente fundamentales de terceros que se encuentran en condiciones comunes a las de aquel frente a la autoridad o particular accionado.***<sup>57</sup>

\*Negrilla fuera de texto.

Por ende, el ejercicio radica en identificar a quienes encontrándose en “*condiciones comunes*” con la Accionante, puedan resultar perjudicados con el amparo de sus derechos.

Al respecto, cabe resaltar que la Ley 1960 es aplicable a la convocatoria 433, recordando que fue promulgada posteriormente, en función de las vacantes que “*surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad*”, mientras que la previsión del concurso de ascenso implica, ese sí, su estructuración como tal desde el comienzo, según lo señalado en su artículo 29, numeral 3, inciso 3 de la misma Ley:

Si en el desarrollo del concurso de ascenso **no se inscribe** un número igual de servidores con derechos de carrera por empleo convocado, el concurso se declarará desierto y la provisión de los cargos se realizará mediante concurso de ingreso abierto. Quienes se hayan

<sup>57</sup> Corte Constitucional, Auto 273 de 2013.

inscrito inicialmente para el concurso de ascenso continuaran en el concurso abierto de ingresos sin requerir una nueva inscripción.

\*Negrilla fuera de texto.

Así, es evidente que la provisión de vacantes por equivalencia en la Convocatoria 433 regida por el Acuerdo 20161000001376 de 5 de septiembre de 2016<sup>58</sup> no vulnera derecho alguno a los funcionarios de carrera que eventualmente pretenderán ascender, por cuanto en ella no se inscribió ninguno como tal.

Adicionalmente, considerando que la fuente de la precisa vulneración de los derechos de la Accionante se ubicó en el Criterio Unificado CNSC de 16 de enero de 2019 que al asimilar la equivalencia de cargos al “número de OPEC” cercenó la posibilidad de que los aspirantes incluidos en las listas de elegibles de la convocatoria 433 pudieran reconsiderarse en nuevas vacantes, debe entenderse que esta decisión no afecta los derechos de ninguno de ellos, pues al haberse ya negado a todos, en nada les perjudica que se conceda a uno de ellos.

Tampoco puede entenderse que quienes ostentan cargos de carrera en provisionalidad pueden ser considerados para extender los efectos de la sentencia a la modalidad *inter comunis*, en la medida en que la terminación de su relación es un efecto legítimo de la provisión de empleos por el sistema de mérito<sup>59</sup>.

En la misma línea, frente al argumento del ICBF de que cada OPEC corresponde a una ubicación geográfica y que utilizar la lista de elegibles para proveer otro cargo con la misma nomenclatura en lugar distinto vulneraría el derecho a la igualdad de otros aspirantes que sí se presentaron a cargos para los que existen vacantes en estas zonas geográficas, debe considerarse que la provisión de las vacantes iniciales se ya realizaron *“la mayoría en el año 2018, y algunos que dieron lugar a discusión en el año 2019”*<sup>60</sup>, por lo que no es razonable concluir que tales concursantes se encuentran dentro de los parámetros OPEC para ser nombrados, pues de haber sido así, ello ya habría sucedido, y en esa medida, el reconocimiento que aquí se efectúa en nada les perjudica.

---

<sup>58</sup> Folio 97 y ss.

<sup>59</sup> “Los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, tal y como lo ha reconocido esta corporación en reiterados pronunciamientos, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que se traduce en que su retiro del servicio público solo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos, razones todas estas que deberán ser claramente expuestas en el acto de desvinculación, como garantía efectiva de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad a la función pública”. Corte Constitucional, sentencia T 096 de 2018.

<sup>60</sup> Folio 532, respuesta ICBF.

Finalmente, esta Corporación concluye que no se cumplen las “*condiciones comunes*” que exige la jurisprudencia constitucional para extender los efectos de este fallo, en la medida en que la situación personal de la Accionante y su ejercicio concreto y oportuno de atribuciones de índole administrativa fueron puntales de la decisión, y tales aspectos no le pueden constar respecto del abigarrado grupo humano que concurso con Ella. En ese orden de ideas, esta decisión conservará la regla general del efecto *inter partes*.

15.- Dado que el trámite de nombramiento de un funcionario en carrera es complejo, pues en él confluyen diversas fases, actividades y autoridades, algunas de las cuales no cuentan con un término legal, esta Corporación dará órdenes detalladas para dar cumplimiento al fallo.

Realizada la anterior precisión, se establece que los mandatos se desprenden del itinerario descrito por el ICBF en su respuesta a esta acción para el cumplimiento de la Ley 1960 de 2019 y se amoldarán a las circunstancias excepcionales del caso.

Así, se ordenará que, en el plazo de 3 días contados a partir de la notificación de esta decisión, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR verifique en su planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia del cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17 al que concursó MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL, con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3 del Decreto 1083 de 2015, los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO).

Acto seguido, de hallarlos, en el término de tres días hábiles contados a partir de realizado lo anterior, solicitará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el uso de la lista de elegibles donde MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL ocupó el sexto lugar.

La CNSC informará dentro de los tres días hábiles siguientes si MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL cumple los requisitos para el uso de su lista en los cargos que hayan sido identificados como equivalentes a aquel al que concursó, y definirá la tarifa que debe pagar el ICBF por tal uso. Dentro de los tres días hábiles siguientes de obtenido el concepto favorable, el ICBF expedirá el respectivo certificado de

disponibilidad presupuestal por la suma que soporta su uso, el cual enviará dentro de los tres días siguientes a la CNSC quien expedirá la autorización de uso de la lista de elegibles en otros tres días.

Una vez la CNSC realice tal actividad, el ICBF contará con tres días hábiles para informar a MARTHA CECILIA LUQUE VILLARREAL las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una, para la cual ésta contará con diez días, elección con base en la cual el ICBF expedirá la respectiva resolución de nombramiento en periodo de prueba en un término de tres días, y a partir de allí se adelantarán los trámites de aceptación y posesión y demás necesarios para concretar el derecho, de acuerdo con el Decreto 1083 de 2015 y demás normas aplicables. Tal itinerario de sintetiza así:

RESPONSABLE/ ACCIÓN	TÉRMINO MÁXIMO
ICBF: Verifica planta global/actualiza SIMO	3 días
ICBF: Solicita a CNSC el uso de la lista de elegibles donde MARTHA CECILIA LUQUE VILLARREAL	3 días
CNSC: Informa si MARTHA CECILIA LUQUE VILLARREAL cumple requisitos/ define tarifa de uso	3 días
ICBF: Expide CDP	3 días
ICBF: Envío de CDP a CNSC	3 días
CNSC expide autorización de uso	3 días
ICBF informa a MARTHA CECILIA LUQUE VILLARREAL las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una	3 días (a partir de comunicación de autorización de uso por la CNSC)
MARTHA CECILIA LUQUE VILLARREAL informa vacante de su preferencia	10 días
ICBF expide resolución de nombramiento en periodo de prueba	3 días

En todo caso, la actuación globalmente considerada no podrá tener una duración mayor de 30 días, y para su cabal realización las Accionadas deberán actuar de manera coordinada y colaborativa en función del principio consignado en el artículo 113 de la Constitución Nacional.

En mérito de lo expuesto, la SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA

## RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pamplona, el 12 de agosto de 2020, y en su lugar tutelar los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo,

igualdad y acceso a cargos públicos por el sistema de méritos, conforme la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: INAPLICAR** por inconstitucional el *“criterio unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”*, emanado de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el 16 de enero de 2020.

**TERCERO: ORDENAR** que en el plazo de 3 días contados a partir de la notificación de esta decisión, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR verifique en su planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia del cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17 al que concursó MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL, con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO).

Acto seguido, de hallarlos, en el término de tres días hábiles contados a partir de realizado lo anterior, solicitará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el uso de la lista de elegibles donde MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL ocupó el sexto lugar. La CNSC informará dentro de los tres días hábiles siguientes si MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL cumple los requisitos para el uso de su lista en los cargos que hayan sido identificados como equivalentes a aquel al que concursó, y definirá la tarifa que debe pagar el ICBF por tal uso. Dentro de los tres días hábiles siguientes de obtenido el concepto favorable, el ICBF expedirá el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal por la suma que soporta su uso, el cual enviará dentro de los tres días siguientes a la CNSC quien expedirá la autorización de uso de la lista de elegibles en otros tres días.

Una vez la CNSC realice tal actividad, el ICBF contará con tres días hábiles para informar a MARTHA CECILIA LUQUE VILLAREAL las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una, para la cual ésta contará con diez días, elección con base en la cual el ICBF expedirá la respectiva resolución de nombramiento en periodo de prueba en un término de tres días, y a partir de allí se adelantarán los trámites de aceptación y posesión y demás necesarios para concretar el derecho, de acuerdo con el Decreto 1083 de 2015 y demás normas aplicables. Tal itinerario de sintetiza así:

RESPONSABLE/ ACCIÓN	TÉRMINO MÁXIMO
ICBF: Verifica planta global/actualiza SIMO	3 días
ICBF: Solicita a CNSC el uso de la lista de elegibles donde MARTHA CECILIA LUQUE VILLARREAL	3 días
CNSC: Informa si MARTHA CECILIA LUQUE VILLARREAL cumple requisitos/define tarifa de uso	3 días
ICBF: Expide CDP	3 días
ICBF: Envío de CDP a CNSC	3 días
CNSC expide autorización de uso	3 días
ICBF informa a MARTHA CECILIA LUQUE VILLARREAL las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una	3 días (a partir de comunicación de autorización de uso por la CNSC)
MARTHA CECILIA LUQUE VILLARREAL informa vacante de su preferencia	10 días
ICBF expide resolución de nombramiento en periodo de prueba	3 días

En todo caso, la actuación globalmente considerada no podrá tener una duración mayor de 30 días, y para su cabal realización las Accionadas deberán actuar de manera coordinada y colaborativa, en función del principio consignado en el artículo 113 de la Constitución Nacional.

**CUARTO: COMUNICAR** lo decidido a los interesados, de la forma prevista por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**QUINTO: ORDENAR** a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, **PUBLICAR** en la página *web* de dichas entidades la presente decisión, con el fin de notificar a los terceros interesados y vinculados.

**SEXTO: REMITIR** la actuación procesal a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

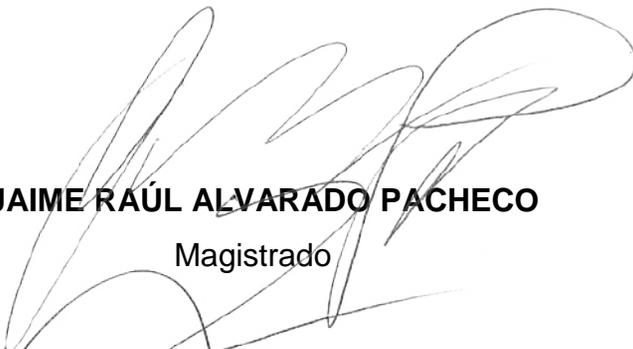
La presente decisión fue discutida y aprobada en sala virtual realizada el 18 de septiembre de 2020.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**



**NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS**

Magistrado



**JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO**

Magistrado



**JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ**

Magistrado

**Firmado Por:**

**NELSON OMAR MELENDEZ GRANADOS  
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL  
DESPACHO 1 TRIBUNAL SUPERIOR PAMPLONA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**5066be2986aa6cfb7d6f10537c17d2e591f139df20f5c8bab1d2b92a3f369fbe**

Documento generado en 18/09/2020 05:00:54 p.m.



## TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020)

<b>MEDIO DE CONTROL:</b>	TUTELA
<b>ACCIONANTES:</b>	YORIANA ASTRID PEÑA PARRA Y ANGELA MARCELA RIVERA ESPINOSA. <a href="mailto:abogadosenproblemasdelmagisterio@gmail.com">abogadosenproblemasdelmagisterio@gmail.com</a> <a href="mailto:jairojaramillo7@gmail.com">jairojaramillo7@gmail.com</a>
<b>ACCIONADOS:</b>	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL <sup>1</sup> <a href="mailto:notificacionesjudiciales@cns.gov.co">notificacionesjudiciales@cns.gov.co</a> , e INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR <sup>2</sup> <a href="mailto:notificacionesjudiciales@icbf.gov.co">notificacionesjudiciales@icbf.gov.co</a>
<b>PROCESO:</b>	76001-33-33-008-2020-00117-01
<b>PROVIDENCIA:</b>	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

**TEMA:** Derechos fundamentales al trabajo, igualdad, debido proceso, y acceso a cargos públicos. Se revoca sentencia de primera instancia que declaró improcedente la acción y se concede el amparo.

Aprobada en Sala virtual y Acta de la fecha. Convocatoria virtual No 25 del dieciséis (16) de septiembre de 2020.

### 1. OBJETO DE DECISIÓN

La Sala decide la impugnación presentada por la parte demandante contra la Sentencia N° 93 del 10 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali que declaró improcedente la solicitud de amparo.

### 2. FUNDAMENTO FÁCTICO DE LA SOLICITUD DE TUTELA (FIs. 3-50)

Mediante Acuerdo No 20161000001376 de 05-09-2016, la CNSC convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF Convocatoria No 433 de 2016 – ICBF.

Las accionantes se inscribieron en la citada convocatoria, para optar por una de las dieciséis vacantes del empleo identificado con el Número OPEC<sup>3</sup> 34702, Nivel: Profesional, Denominación: Defensor de Familia, Grado: 17 Código: 2125, Departamento y Municipio: Huila-Neiva, Asignación Salarial: \$ 4,019,424.

Posteriormente, se expidió el Decreto 1479 de 2017 por medio del cual se suprimió la planta de personal de carácter temporal del ICBF y se modificó la permanente, autorizándole al Director General del Instituto que, mediante resolución distribuyera los 3.737 empleos de la planta global de que trata dicho decreto y ubicará al personal teniendo en cuenta la estructura, los procesos, los planes, los programas y las necesidades de la entidad a nivel nacional; en ese orden, expidió la Resolución 7746 de 2017, donde en su

<sup>1</sup> En adelante CNSC

<sup>2</sup> En adelante ICBF

<sup>3</sup> Oferta Pública de Empleos de Carrera

artículo primero, dentro del área B) Protección Misional, establece 328 cargos de Defensor de Familia Código 2125, Grado 17.

La CNSC publicó la Resolución No 20182230072735 del 17-07-2018, *“Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer dieciséis (16) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 34702, denominado DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016 – ICBF”*, donde las accionantes ocupaban los puestos 24 y 25, respectivamente; dichas vacantes ya se encuentran proveídas.

El día 22 de noviembre de 2018, la CNSC expidió la Resolución No 20182230156785, que revoca el artículo cuarto de todos los actos administrativos que constituyen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria 443 de 2016; dicho artículo disponía *“Una vez agotadas todas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de un audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3625 de 2010. Así mismo dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados.”*.

Que el 16 de enero de 2020, la Sala Plena de la CNSC, aprobó el Criterio Unificado uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019 donde estableció:

*“(…) De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos” 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.”*<sup>4</sup> (Subraya la Sala).

Que de conformidad con el oficio No 202012100000048271 del 25 de febrero de 2020 suscrito por el Director de Gestión Humana del ICBF, se advierte que existen no menos de 250 vacantes a nivel nacional del empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 sin proveer, que corresponden a ubicaciones geográficas diferentes a la OPEC 34702 (Neiva) que optaron las accionantes, por lo que elevaron peticiones de manera individual en vigencia de la lista de elegibles, a fin de lograr que ambas entidades accionadas, realizaran acciones administrativas para proveer bajo el principio del mérito, las vacantes definitivas disponibles Código 2125 Grado 17 con la lista de

<sup>4</sup> Por la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones

elegibles Resolución No 20182230072735 del 17-07-2018, de la que hicieron parte.

### **3. PRETENSIONES DE LA SOLICITUD (Fls. 50-53).**

Se inaplique por inconstitucional el Criterio Unificado de “*uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019*”, emanado por la Sala Plena de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el día 16 de enero de 2020<sup>5</sup>, y se ordene al ICBF verifique en su planta global las vacantes existentes del empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, y solicite a la CNSC el uso de la lista de elegibles de la cual hacen parte las accionantes para la provisión de dichas vacantes pese a no corresponder a la OPEC 34702; que la CNSC dé concepto favorable para la utilización de esas listas, las remita al ICBF y éste provea dichos cargos.

### **4. DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS (Fls. 53-66)**

Trabajo, igualdad, debido proceso, y acceso a cargos públicos.

### **5. CONTESTACIÓN**

#### **5.1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (Fls. 406-418)**

El ICBF estima que en el presente caso la acción de tutela deviene improcedente, por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, así como de subsidiariedad y perjuicio irremediable, puesto que: (i) ya se publicó la lista de elegibles y esta adquirió firmeza hace dos años, la cual se conformó para proveer (16) vacantes, y en dicha lista Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa ocuparon la posición número 24 y 25; (ii) las actoras no cuestionan dicha lista, ni el procedimiento de conformación o el orden de los elegibles, sino actuaciones que surgieron con posterioridad, específicamente el hecho de que no se haya efectuado su nombramiento en aplicación del artículo 6° de la Ley 1960 de 2019; (iii) en el fondo, las accionantes atacan la aplicación de un acto de carácter general, proferido por la CNSC, denominado “Criterio unificado sobre el uso de listas de elegibles a la luz de la Ley 1960 de 2019” del 16 de enero de 2020, el cual se encuentra en firme y se presume su legalidad.

Que en la actualidad se encuentra un trámite una solicitud que se hizo para proveer solamente una vacante del empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, identificado con la OPEC 34702.

#### **5.2. Comisión Nacional del Servicio Civil (Fls. 419-428)**

Consultado el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad – SIMO se constató que durante la vigencia de la lista de la que hacen parte las accionantes, el ICBF ha reportado una (1) vacante adicional a la ofertada

<sup>5</sup> Que establece: “(...) De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos” entendiéndose, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, criterios con los que el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.”

en el marco de la Convocatoria 433 de 2016, que cumplen con el criterio de mismos empleos, de conformidad con lo certificado por la Entidad OPEC 34702.

Razón por la cual esta Comisión Nacional procedió a emitir comunicación radicada con No 20201020408971 del 19 de mayo de 2020 mediante la cual se autorizó el uso de la Lista de Elegibles para el elegible ubicado en la posición veintitrés (23), de la aludida lista de acuerdo con la información reportada por la entidad.

Que es claro que las señoras Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa se encuentran sujetas, no solo a la vigencia de las listas sino también al tránsito habitual de las mismas, cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que pueden ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.

Por lo anterior, las aquí accionantes no pueden pretender que mediante esta acción constitucional se les concede un derecho, transgrediendo el orden legal establecido para la provisión del empleo público, llegando a imponer una carga jurídica a la Comisión Nacional del Servicio Civil, que no puede soportar, toda vez que, entre sus facultades legales no se encuentra la de coadministrar plantas de personal, función otorgada estrictamente al ICBF; en consecuencia, solicitó no tutelar los derechos invocados porque no hay vulneración a derecho fundamental alguno.

#### **6. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Fls. 429-460)**

La a quo en sentencia No 93 del 10 de agosto de 2020, declaró improcedente el amparo solicitado pues las pretensiones de la parte demandante tienen como fin, cuestionar el acto administrativo por el cual se “Unificó el Criterio” por parte de la CNSC, y, en consecuencia, se inaplique por inconstitucional el uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 2019, emanado de la CNSC el 16 de enero de 2020, donde ordena a las entidades públicas como el ICBF el cumplimiento del artículo 6 de la ley 1960 de 2019 para la provisión de vacantes nuevas que no fueron ofertadas en la Convocatoria 433 de 2016, sin haberse agotado los medios ordinarios de defensa judicial establecidos por el legislador como las acciones contencioso administrativas previstas para controlar la constitucionalidad y legalidad de las decisiones contenidas en los actos administrativos expedidos por la CNSC.

#### **7. IMPUGNACIÓN (Fls. 455-492)**

La parte demandante inconforme impugnó la decisión proferida por la a quo porque considera que al estar por vencerse las lista de elegibles de la que hacen parte es obvia la existencia del perjuicio irremediable que consiste en perder el derecho a acceder a un cargo de carrera; que en razón de existir cargos pendientes de proveer en propiedad, del empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, pese a corresponder a otras OPEC, debe inaplicarse el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, que dispone el uso de las listas de elegibles que correspondan a los "mismos empleos" entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones y ubicación geográfica.

## **8. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **8.1. Competencia**

El Tribunal es competente para conocer de la impugnación de la sentencia proferida en primera instancia, según lo establecido por el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

### **8.2. Procedibilidad de la acción de tutela**

#### **8.2.1. Legitimación activa**

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En esta oportunidad, las señoras Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinoza, actúan en nombre propio y en defensa de sus derechos e intereses, razón por la que se encuentra legitimado para presentar el mecanismo de amparo.

#### **8.2.2. Legitimación pasiva**

Las entidades demandadas de conformidad con lo estipulado en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, están legitimada como parte pasiva dentro del proceso, toda vez que se le atribuye la vulneración de la prerrogativa constitucional.

### **8.3. Problema Jurídico**

*¿La acción de tutela es procedente en el presente asunto?*

*En caso afirmativo, ¿Se encuentra probada la vulneración a los derechos fundamentales de las demandantes por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil por no proveer las vacantes existentes del empleo Defensor de Familia Código 2125, Grado 17 con quienes conforman listas de elegibles de otras OPEC?*

### **8.4. Tesis de la Sala Mixta de Decisión.**

La Sala considera procedente la acción de tutela en este caso, pues de conformidad con la jurisprudencia constitucional, es la vía adecuada para la protección de los derechos fundamentales de quien ha participado en un concurso de méritos, pues, pese a existir otros mecanismos ordinarios de defensa, éstos se tornan ineficaces cuando las circunstancias particulares denoten un perjuicio irremediable.

De otro lado, para la Sala las demandadas vulneran los derechos fundamentales de la accionante y de todos los integrantes de la lista de

elegibles al no permitirles acceder a la carrera pese a haber superado un concurso de mérito y existir vacantes, so pretexto de aplicar el *“Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”* del 16 de enero de 2020, condicionando las listas de elegibles vigentes a que correspondan a los “mismos empleos”, entendiéndose aquellos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones y ubicación geográfica, desconoce principios constitucionales como el del mérito para acceder a cargos públicos; de donde se concluye que interpretan que el cambio de ubicación geográfica desnaturaliza la categoría de “mismos empleos”. En consecuencia, la sentencia será revocada para en su lugar, tutelar los derechos fundamentales de las accionantes.

Para soportar esta decisión abordará los siguientes temas: **i)** la acción de tutela; **ii)** procedencia excepcional de la acción de tutela en concurso de méritos; y **iii)** el caso concreto.

#### **8.4.1. La acción de tutela**

De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política de 1991 la acción de tutela es un derecho público subjetivo del que goza toda persona para obtener del Estado a través de la Rama Judicial la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, en determinados casos.

Esta acción es de carácter residual y subsidiario, sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente, idóneo, que le permita al actor solicitar ante los jueces ordinarios la protección de sus derechos; salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable que debe aparecer acreditado en el proceso.

#### **8.4.2. Procedencia excepcional de la acción de tutela en concurso de méritos.**

De tiempo atrás la Jurisprudencia aceptaba la procedencia excepcional de la acción de tutela a efectos de la protección de los derechos fundamentales de quien ha participado en un concurso de méritos, pese a existir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el cual se torna ineficaz cuando las circunstancias particulares denoten un perjuicio irremediable:

“La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen

cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional.”<sup>6</sup>

Estas excepciones a la improcedencia de la tutela se han desarrollado jurisprudencialmente frente a casos específicos<sup>7</sup>:

“De igual forma, en la sentencia SU-133 del 2 de abril de 1998, la Corte indicó que en algunas ocasiones los medios ordinarios no resultan idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en concursos para acceder a cargos de carrera. Afirmó la referida providencia:

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

En el mismo sentido, la Sentencia T-425 del 26 de abril 2001 se pronunció en los siguientes términos:

“En un sinnúmero de ocasiones esta colegiatura ha sostenido que procede la tutela para enervar los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos. En efecto: la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.”

En la Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002, la Corte reiteró esta posición:

“... existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a

---

<sup>6</sup> Sentencia T-315 de 1998 de la Corte Constitucional

<sup>7</sup> T-112 A de 2014 M.P Alberto Rojas Ríos.

la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos.”

Así mismo, en la Sentencia SU-913 de 2009 la Corte Constitucional concluyó que “...*si bien, pueden existir otros mecanismos judiciales, estos deben ser eficaces y conducentes para tener la entidad de excluir al mecanismo de tutela en la protección de derechos en materia de concurso de méritos. De lo contrario, esto es, acudir a un proceso ordinario o contencioso administrativo, se estaría obligando a soportar la vulneración de derechos que requieren atención inmediata*”<sup>8</sup>

Por último, la sentencia T-160 de 2018<sup>9</sup>, también señaló la procedencia excepcional de la acción de tutela en concurso de méritos, cuando a pesar de existir otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para evitar un perjuicio irremediable:

“Esta Sala de Revisión encuentra que la acción de amparo constitucional se convierte en el mecanismo idóneo de defensa judicial para resolver la controversia sometida a revisión, por una parte, porque las pretensiones del accionante no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, pretensión para la cual puede acudir a los medios de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que pretende demostrar que la aplicación de estas normas, en su caso concreto, lesiona sus derechos fundamentales”.

#### **8.4.3. Análisis del caso concreto**

Está probado en el proceso que las accionantes se inscribieron en la convocatoria No 433 de 2016 que realizó la CNSC mediante Acuerdo No 2016100000176, para optar por una de las dieciséis vacantes del empleo denominado Defensor de Familia, identificado con el No de OPEC 34702, Código 2125, Grado 17, Departamento: Huila-Neiva, Asignación Salarial: \$ 4,019,424 del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Que la CNSC publicó la Resolución No 20182230072735 del 17-07-2018, “*Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer dieciséis (16) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No 34702, denominado DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016 – ICBF*”, lista conformada por 74 personas, donde las accionantes ocuparon los puestos 24 y 25. (Fls. 117-120).

Que de conformidad con el oficio No 202012100000048271 del 25 de febrero de 2020 suscrito por el Director de Gestión Humana del ICBF, dirigido a la señora Martha Lucía Perico Rico, se advierte que existen no menos de 250 vacantes a nivel nacional del empleo Defensor de Familia, Código 2125,

<sup>8</sup> Sentencia T-112 de 2014, Corte Constitucional

<sup>9</sup> M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

Grado 17 sin proveer, que corresponden a ubicaciones geográficas diferentes de la OPEC 34702 por la que optaron las accionantes. (Fls. 188-215)

Que de acuerdo con la Resolución No 3515 de 2020, se proveyeron las 16 vacantes del empleo denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, identificado con el Código OPEC No 34702; que posteriormente, se procedió hacer la derogatoria de seis nombramientos de personas que no tomaron posesión del empleo, y, en consecuencia, se efectuaron los nombramientos de aquellos que ostentaban el puesto 17 al 22 (Fls. 172-175), previa solicitud del uso directo de la lista de elegibles a la CNSC mediante comunicación radicado No 202012110000014281 del 23 de enero de 2020 (Fl. 410)

Que en razón de una renuncia, y en aplicación a lo establecido en el Criterio Unificado expedido por la CNSC el 16 de enero de 2020, que señala que *“... las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los 'mismos empleos' entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, criterios con los que el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.”*, el ICBF solicitó mediante oficio No 20201211000093921 del 16 de abril de 2020, radicado CNSC con No 20203200491752 del 20 de abril de 2020, autorización de uso de la lista de elegible para la nueva vacante del empleo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 específicamente OPEC 34702, a fin de proveerla (Fls. 410-411)

En esta secuencia, si bien el proceso para proveer las vacantes de la convocatoria 433 de 2016 para el empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, OPEC 34702, y específicamente la lista de elegibles en la que participaron las hoy accionantes Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa se surtió, el hecho de que existan no menos de 250 vacantes del mismo empleo de Defensor de Familia, código y grado para el cual las accionantes demostraron su idoneidad al superar el concurso, pero que siguen provistos en provisionalidad por pertenecer a un OPEC diferente (ubicación geográfica), viola el espíritu del artículo 125 de la C.P., que reza:

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. (...).”

Desatender lo dispuesto en la Norma Superior sería ignorar que *“...el sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo*

*de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza el acceso al empleo público, por lo que debe realizarse en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.*<sup>10</sup>

De otro lado, contraría la definición que de “empleos equivalentes” establece el decreto 1083 de 2015 “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de la Función Pública*”, que dispone:

**“Empleos equivalentes.** Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.”

Así mismo, debe considerarse que el propósito de la ley 1960 de 2019 “*Por la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones.*”, en cuyo contexto se profirió el ya plurimencionado “Criterio Unificado” del 16 de enero de 2020, fue, disponer la utilización de las listas de elegibles existentes para proveer vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad<sup>11</sup>, o sea, reglamentar que las plazas que no estaban disponibles para el inicio de la convocatoria puedan ser provistas por el sistema de mérito; la definición de la CNSC al reducir sin fundamento alguno la equivalencia de los cargos a su identidad OPEC (ubicación geográfica) pese a que se trata de una planta global, establece injustificadamente una restricción, arbitraria y contraria a la vocación expansiva ínsita en el sistema de carrera administrativa.

En consecuencia, la solicitud de las accionantes en su calidad de elegibles para el cargo de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, que se inaplique el criterio unificado del 16 de enero de 2020 en el entendido de que sean consideradas para proveer otras vacantes del “mismo empleo” pese a que se encuentren en diferente ubicación geográfica, es decir, diferentes OPEC, es constitucionalmente admisible en razón de lo expuesto en precedencia y además, en razón de existir no menos de 250 vacantes a nivel nacional, tal y como lo señala el oficio No 202012100000048271 del 25 de febrero de 2020 ya reseñado.

En esta línea de pensamiento, no se comparte el criterio del *a quo* que declaró improcedente el amparo solicitado, máxime que a la fecha de presentación de esta demanda<sup>12</sup>, la lista de elegibles Resolución No 20182230072735 del 17-07-2018 de la que hacían parte las accionantes, estaba próxima a vencerse,

10 T-180 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

11 4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.  
 12 24 de julio de 2020, Fl. 218

lo que va en contravía con la regla general que busca propender por la ocupación por meritocracia de los cargos a través del sistema de carrera, y más aún, cuando no se encontró probado en el expediente, actuaciones administrativas por parte de las accionadas tendientes al cumplimiento garantista y efectiva de ese deber ser.

Ahora, la Sala no puede ordenar específicamente el nombramiento de las accionantes porque crearía una situación de vulnerabilidad del derecho a la igualdad de quienes como ellas estaban en lista de elegibles y no fueron nombrados, entonces, se revocará la sentencia impugnada y se tutelarán sus derechos fundamentales de las accionantes, aplicando la excepción de inconstitucionalidad consignada en el artículo 4 de la Constitución Política<sup>13</sup>; en consecuencia, se ordenará i) al ICBF que, dentro de los tres días siguientes a la notificación de esta providencia, informe a la CNSC sobre las vacantes existentes, a 31 de julio de 2020,<sup>14</sup> del empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 en cualquier ubicación geográfica; ii) una vez que la CNSC reciba dicha información, procederá dentro de los tres días siguientes, a elaborar una lista de elegibles unificada en estricto orden de mérito, de todas las personas que habiendo superado la Convocatoria No 433 de 2016-ICBF, no fueron nombrados en los empleos Defensor de Familia, Código 2125, Grados 17 de cada una de la OPECS y cuyas listas vencían el pasado 31 de julio de 2020, la que deberá remitir al ICBF dentro de los dos días siguientes; iii) recibida la lista de elegibles unificada por parte del ICBF, éste procederá dentro de los dos (2) días siguientes a publicarla para que los aspirantes escojan sede (ubicación geográfica por Departamentos), vencido dicho término nombrará en estricto orden de mérito, dentro de los 8 días siguientes.

## 8. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** la Sentencia No 93 del 10 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Cali conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO: TUTELAR** los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de las señoras Yoriana Astrid Peña Parra y Ángela Marcela Rivera Espinosa.

**TERCERO: INAPLICAR** por inconstitucional, el Criterio Unificado “Uso de las listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”, proferido por la CNSC el 16 de enero de 2020, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

---

<sup>13</sup> La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

<sup>14</sup> Fecha en la que vencía la vigencia de las listas.

**CUARTO: ORDENAR** i) al ICBF que dentro de los tres días siguientes a la notificación de esta providencia, informe a la CNSC sobre las vacantes existentes del empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 de las diferentes OPEC; ii) una vez que la CNSC reciba dicha información, procederá dentro de los tres días siguientes, a elaborar una lista de elegibles unificada en estricto orden de mérito, de todas las personas que habiendo superado la Convocatoria No 433 de 2016-ICBF, no lograron ser nombrados en los empleos Defensor de Familia, Código 2125, Grados 17 de cada una de la OPECS, cuyas listas vencían el pasado 30 de julio de 2020, la que deberá remitir al ICBF dentro de los dos días siguientes; iii) recibida la lista de elegibles unificada por parte del ICBF, éste procederá dentro de los dos (2) días siguientes a publicarla para que los aspirantes escojan sede (ubicación geográfica por Departamentos), vencido dicho término nombrará en estricto orden de mérito, dentro de los 8 días siguientes.

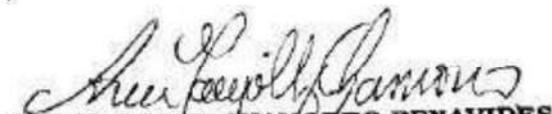
**QUINTO: NOTIFÍQUESE** a las partes la presente decisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 5 del Decreto 306 de 1.992.

**SEXTO: REMITIR** dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, si no fuere impugnada, el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**Providencia discutida y aprobada en Sala Virtual de la fecha, según consta en acta que se entrega a la Secretaría de la Corporación por medios virtuales, atendiendo las circunstancias de salubridad pública que se presentan en el país a raíz del COVID-19.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

  
**ZORANNY CASTILLO OTÁLORA**  
Magistrada

  
**ANA MARGOTH CHAMORRO BENAVIDES**  
Magistrada

  
**VÍCTOR ADOLEO HERNÁNDEZ DÍAZ**  
Magistrado



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA  
SALA QUINTA - MIXTA**

**Magistrado Ponente: Daniel Montero Betancur**

Medellín, quince (15) de septiembre de dos mil veinte (2020).

**Radicado:** 05001 33 33 031 2020 00152 01 acumulado con el proceso 05001 33 33 031 2020 00054 01  
**Accionante:** Gustavo Adolfo Pineda Pineda y Wilson Bastos Delgado  
**Accionado:** Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA y Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC  
**Naturaleza:** Tutela  
**Instancia:** Segunda  
**Asunto:** Acción de tutela frente a acciones y omisiones de la administración en el marco de los concursos abiertos de méritos / Banco Nacional de Listas de Elegibles / vigencia de la ley 1960 de 2019.  
**Sentencia:** 47  
**Decisión:** Revoca decisión / concede amparo  
**Acta de Sala:** 59

La Sala procede a resolver la impugnación presentada por Gustavo Adolfo Pineda Pineda y Wilson Bastos Delgado contra la sentencia proferida el 18 de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno Administrativo de Medellín.

**ANTECEDENTES.**

**1. De la acumulación de procesos en primera instancia.**

En auto de 10 de agosto de 2020, el juez de primera instancia ordenó la acumulación de la acción de tutela promovida por Wilson Bastos Delgado contra el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA y la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, la cual se venía tramitando en el Juzgado Décimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, al proceso de la acción de tutela con radicado 05001 33 33 031 2020 00152 00, la cual estaba en trámite en el Juzgado Treinta y Uno Administrativo del Circuito de Medellín.

## **2. Fundamentos fácticos.**

Gustavo Adolfo Pineda Pineda y Wilson Bastos Delgado, actuando en nombre propio, interpusieron acción de tutela sustentada en los siguientes hechos:

**2.1.-** Mediante acuerdo 20171000000116, de 24 de julio de 2017, la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante CNSC) convocó a proceso de selección las vacantes definitivas de la planta global de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje (en adelante SENA) (convocatoria 436, de 2017).

**2.2.-** Surtidas las etapas del concurso, se proveyeron todas las vacantes inicialmente convocadas en cada OPEC (Oferta Pública de Empleos de Carrera), incluidas todas las 76 listas o empleos en el cargo de Instructor en Gestión Administrativa.

**2.3.-** Gustavo Adolfo Pineda Pineda obtuvo una calificación de 82,01 puntos, integrando la lista de elegibles vigente del empleo OPEC 58995 (ubicación geográfica – municipio de Medellín); no obstante, la única vacante de dicho cargo fue ocupada por la persona que tenía mejor derecho.

**2.4.-** Wilson Bastos Delgado obtuvo una calificación de 81,72 puntos, integrando la lista de elegibles vigente del empleo OPEC 59953 (ubicación geográfica – municipio de Piedecuesta); no obstante, la única vacante de dicho cargo fue ocupada por la persona que tenía mejor derecho.

**2.5.-** Gustavo Adolfo Pineda Pineda ocupa, en la actualidad, la primera posición en la lista de elegibles del departamento de Antioquia y a nivel nacional.

**2.6.-** Wilson Bastos Delgado ocupa, en la actualidad, la primera posición en la lista de elegibles del departamento de Santander y la segunda a nivel nacional.

**2.7.-** Que en la entidad existen 12 vacantes no ofertadas para proveerlas, conforme la ley 1960 de 2019, todas en el mismo empleo y área temática "*instructor en gestión administrativa*", cargo para el cual concursaron los accionantes; no obstante, a pesar de sus altos puntajes (primero y segundo lugar a nivel nacional, en la actualidad), las entidades accionadas no les ofrecieron tales vacantes, pues, ninguna de ellas corresponde a la ubicación geográfica de los municipios en que concursaron (Medellín y Piedecuesta).

**2.8.-** Que la planta de personal del SENA es global, por su naturaleza de entidad del orden nacional y, según el manual específico de funciones y competencias, el empleo de instructor con código 3010 G 1 al 20, en "*Instructor en Gestión Administrativa*", es uno sólo y el mismo para cualquier ubicación geográfica de los centros de formación.

**2.9.-** Que en relación con las vacantes definitivas no convocadas que surgieron con posterioridad a la convocatoria de la cual hicieron parte los accionantes, la CNSC expidió, con base en la ley 1960 de 2019, un criterio unificado de 16 de enero de 2020 y la circular externa 1, de 2020, en cuyos documentos establece que tales vacantes deben ser para elegibles del "*mismo empleo*" que incluye la ubicación geográfica, representada en la entidad territorial del municipio de la OPEC donde quedó la vacante, lo que se convirtió en el factor determinante de provisión del empleo, reemplazándose el criterio de mérito.

**2.10.-** Que en los departamentos de Antioquia y Santander existen vacantes disponibles, entre otras, en las ciudades de Itagüí, Rionegro y Málaga, en el área temática de "*Instructor en Gestión Administrativa*".

**2.11.-** Que en la ciudad de Armenia (Quindío) existe una vacante definitiva en gestión administrativa que no tiene "*elegibles*", con lo cual, las vacantes definitivas no convocadas serían 13, distribuidas así: 11 vacantes con listas de elegibles en cada ubicación geográfica y 2 vacantes definitivas sin elegibles.

### **3. Derechos cuya protección se invoca.**

En los escritos de tutela, los accionantes afirmaron que las entidades accionadas están vulnerando sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la igualdad y a la dignidad humana y que se transgredieron los principios constitucionales del mérito y la buena fe.

### **4. Pretensiones.**

Como pretensiones en común, los accionantes solicitaron que se tutelaran los derechos fundamentales invocados.

Además de lo anterior, se solicitaron las siguientes pretensiones:

- **Gustavo Adolfo Pineda Pineda** solicitó: i) ordenar al Director General del SENA que realice ante la CNSC una nueva solicitud de autorización de uso de listas de elegibles, conforme lo dispuesto en el artículo 11 de la ley 909 de 2004, permitiéndose el uso de la lista de elegibles a nivel departamental, respecto de la vacante identificada con el IDP 5542, en Gestión Administrativa en el centro diseño confección y moda, OPEC 60884 del municipio de Itagüí y, la vacante identificada con el IDP 1168, en Gestión Administrativa en el centro de la innovación, la agroindustria y la aviación, OPEC 60895, ii) ordenar a la CNSC que realice el estudio técnico de similitud funcional del empleo OPEC 58995 y iii) ordenar al SENA que, una vez realizado lo anterior, proceda con el estudio de cumplimiento de requisitos mínimos del actor y, de encontrarlo ajustado a la normatividad vigente, proceda dentro del término de ley con su posesión en período de prueba, en una de las vacantes definitivas no convocadas.

De manera subsidiaria, solicitó: i) que se ordene asignar todas las vacantes definitivas no convocadas, mediante lista general, conforme se asignaron las de los empleos declarados desiertos y ii) que las vacantes definitivas no convocadas, y aquellas que lleguen a surgir en la vigencia de las listas actuales, no sean sometidas a nuevo concurso.

- **Wilson Bastos Delgado** solicitó: i) ordenar al Director General del SENA que realice ante la CNSC una nueva solicitud de autorización de uso de listas de elegibles, en la que se incluya la lista OPEC 59953, para proveer, según posición de mérito y cumplimiento de requisitos mínimos, el cargo de instructor código 3010 G 1 del área de gestión administrativa, en una de las vacantes definitivas no convocadas del sistema general de carrera administrativa, identificadas en la planta global del SENA con los IDP 5542, 3506, 4205, 4519, 2870, 4527, 1168, 8699, 5215 5934, 7137 y 3940 y las que llegaren a surgir en vigencia de la lista de elegibles OPEC 59953 ii) ordenar a la CNSC que realice el estudio técnico de similitud funcional del empleo OPEC 59953 con las vacantes definitivas, no convocadas, relacionadas en el punto anterior y de ser viable, remita autorización de uso de lista de elegibles de la OPEC 59953, que integra el actor y iii) ordenar al SENA que, una vez recibida la autorización de uso de lista de la OPEC 59953, realice el estudio de cumplimiento de requisitos mínimos del actor y, de encontrarlo ajustado a la normatividad vigente, proceda dentro del término contemplado en la ley con su posesión, en período de prueba, en una de las vacantes definitivas no convocadas.

De manera subsidiaria, solicitó que la vacante definitiva, no convocada, identificada con el IDP 4527, ubicada en el centro agroempresarial y turístico de los Andes, en Málaga (Santander), en vez de ser llevada a concurso, se le solicite a la CNSC que autorice el uso de la lista de elegibles de las OPEC en Santander para esta vacante, y se le ordene a la CNSC, realizar el estudio técnico y remitir al SENA la autorización del uso de la lista de elegibles y su posición de mérito y cumplimiento de requisitos, para que el actor sea nombrado en período de prueba.

## **5. Actuación procesal de primera instancia.**

La solicitud fue repartida al Juzgado Treinta y Uno Administrativo del Circuito de Medellín, cuyo titular la admitió contra el SENA y la CNSC, por medio de auto de 5 de agosto de 2020 y les concedió dos (2) días para presentar su informe sobre los hechos, según lo previsto por el artículo 19 del decreto 2591 de 1991.

Posteriormente, en auto de 10 de agosto de 2020, se acumuló a este proceso la acción de tutela promovida por Wilson Bastos Delgado contra el SENA y la CNSC, la cual se venía tramitando en el Juzgado Décimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga.

## **6. La oposición a la acción de tutela.**

**6.1.** En la oportunidad concedida por el juzgado de primera instancia, el **SENA** indicó que las listas de elegibles de las cuales hacen parte los accionantes quedaron en firme en marzo de 2019, es decir, hace mas de 15 meses, por lo cual no se cumple con el requisito de la inmediatez.

De otro lado, afirmó que los accionantes cuentan con otros medios de defensa judicial para controvertir las decisiones adoptadas por el SENA y la CNSC, las cuales se expresan en actos administrativos, por lo que se debió haber demandado dichas decisiones a través de los medios de control dispuestos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo; ello, teniendo en cuenta que la acción de tutela es un mecanismo excepcional que brinda protección inmediata a los derechos constitucionales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción de cualquier autoridad pública, pero de ninguna manera se establece como acción que pueda ser sustitutiva de las acciones ordinarias que se ejercen ante las autoridades jurisdiccionales competentes.

Que los accionantes fueron advertidos en la preinscripción que solo podían inscribirse a una sola OPEC y que bajo su responsabilidad debían consultar los empleos a proveer mediante el concurso de méritos, por cuanto, las sedes de trabajo de cada uno de los empleos vacantes, estarían determinadas por la OPEC, la cual formaría parte integral de la convocatoria, situaciones y reglas del proceso que fueron aceptadas al momento de la inscripción.

Refirió que, de accederse a lo pretendido por los accionantes de elaborar una lista de elegibles única con los cargos declarados desiertos a nivel nacional para el cargo ofertado "Instructor, grado 1, de SENA", se desconocerían las reglas del concurso señaladas en la convocatoria; además, no tendría validez, teniendo en cuenta que cada OPEC tiene un núcleo básico de conocimiento diferente y una experiencia específica y, se vulnerarían los derechos de las demás personas que participaron en dicha convocatoria bajo los códigos OPEC diferentes.

Agregó que, el párrafo del artículo 2.2.5.3.2. del decreto 1083 de 2015, establece que las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, durante su vigencia, solo pueden ser utilizadas para proveer de manera específica las vacantes definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular, de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la ley 909 de 2004.

**6.2.** Por su parte, la **CNSC** señaló que la presente acción de tutela no tiene la virtud de acreditar los supuestos del perjuicio irremediable al que pudieran verse enfrentados los accionantes, circunstancia que funge como requisito sine qua non para promover la presente acción constitucional, a fin de cuestionar actos de naturaleza administrativa. Así, en punto al problema jurídico, surge diáfano que la acción de tutela no cumple con el presupuesto de la subsidiariedad, de tal manera que, no sería posible adentrarse al fondo de la controversia para verificar si la negativa de acudir a la lista de elegibles para proveer nuevas vacantes, quebrantó los derechos fundamentales invocados por los accionantes.

Refirió que los lineamientos dispuestos en la ley 1960 de 2019 aplica solo a los procesos de selección aprobados por la Sala Plena de Comisionados de la CNSC, con posterioridad a su entrada en vigencia, extensible también al uso de sus listas de elegibles, por lo que no es procedente aplicar la retrospectividad de la ley 1960 de 2019, en el caso objeto de estudio, en atención a que dicho fenómeno solo procede

*"frente a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa"*, situación que no se da en el sub judice, comoquiera que, estamos en presencia de un hecho consolidado, pues, las etapas del concurso de mérito ya se encuentran agotadas.

Manifestó que no se pueden identificar dos empleos como equivalentes si no hacen parte del mismo grupo de referencia, ya que no son compatibles, dado que no se cumplen las mismas condiciones en la calificación de las diferentes pruebas aplicadas, precisándose que para que un aspirante pueda formar parte de una lista distinta a la del empleo (OPEC) al que se presentó, es indispensable que los resultados de los aspirantes se hayan obtenido con las mismas pruebas, en las mismas condiciones de calificación y con el mismo valor ponderado frente a la nueva OPEC a que se quiere incorporar su resultado, pues, de no garantizarse estas condiciones, los puntajes entre aspirantes de OPEC distintas, no serían comparables entre sí y no habría forma de organizarlos en orden jerárquico, debido a que las listas darían cuenta de méritos que son disímiles.

En lo que tiene que ver con Gustavo Adolfo Pineda Pineda, indicó que el SENA no ha reportado vacantes adicionales a las ofertadas en el marco de la convocatoria 436 de 2017, que cumpla con el criterio de "mismo empleo"; además, precisó que el actor ocupó la posición 2 en la lista de elegibles, sin poder ocupar la vacante disponible para el cargo que aspiró, por lo cual, se encuentra sujeto a la vigencia y tránsito habitual de la lista de elegibles, cuya movilidad depende de las situaciones administrativas que puedan ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad.

Respecto de Wilson Bastos Delgado, manifestó que ocupó la posición 2 en la lista de elegibles, sin poder ocupar la vacante disponible para el cargo que aspiró; además, respecto de la petición que sea nombrado en uno de los empleos identificados con el IDP 5542, 3506, 4205, 4519, 2870, 4527, 1168, 8699, 5215, 5934, 7137 y 3940 que surgieron con posterioridad a la convocatoria, en aplicación del criterio de equivalencia de los cargos, la entidad indicó que dicha solicitud no procede en este caso, comoquiera que ello sólo es viable para aquellas listas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019.

**6.3.** El **Ministerio Público** emitió concepto, en el cual, luego de hacer un recuento normativo y jurisprudencial en relación con la carrera administrativa y la provisión de cargos vacantes a través de concursos de méritos, señaló que, en principio, las listas de elegibles solo pueden utilizarse para proveer cargos que no fueron inicialmente objeto de convocatoria, cuando dicha regla se encuentre prevista en la ley especial que regula el concurso de méritos o en la convocatoria, ello conforme a que las reglas señaladas en las convocatorias son inmodificables, en razón a los principios constitucionales de buena fe y confianza legítima.

No obstante, manifestó que no puede desconocerse que el desarrollo normativo de la ley 909 de 2004 da cuenta de la intención del legislador de proveer los cargos vacantes de las entidades públicas mediante la utilización de las listas de elegibles vigentes de las respectivas convocatorias, en razón al principio constitucional de mérito, el cual implica que el ingreso, permanencia y ascenso dentro de la función pública está sustentado en el mérito o las capacidades del aspirante, buscando construir una administración pública sólida, capaz de enfrentar los retos que la dirección y administración de las distintas áreas de lo público plantean, lo cual solo se logra cuando ésta se encuentra en cabeza de las personas idóneas, desde la perspectiva académica, técnica, moral y operativa, idoneidad que es objeto de demostración y evaluación, por medio de los concursos públicos.

Señaló que, de entenderse improcedente la utilización de las listas de elegibles vigentes para proveer cargos de carrera vacantes que no fueron ofertados inicialmente, pero, que son equivalentes, se daría al traste con el derecho a la igualdad respecto de los participantes que pueden optar por vacantes definitivas que resulten de listas de elegibles conformadas por un número inferior de aspirantes o aquellas cuyo concurso fue declarado desierto o frente a participantes de convocatorias que se ejecutaron en vigencia del decreto 1227 de 2005 y la ley 1960 de 2019.

Refirió que no se entiende el trato diferenciado entre las personas que se encuentran en listas de elegibles para suplir cargos públicos en convocatorias reguladas por la ley 909 de 2004, respecto de cargos vacantes no convocados y su aplicación en empleos equivalentes, toda vez que se encuentran en igual supuesto de hecho; además, con ello no se persigue un fin aceptado constitucionalmente, pues por el contrario se contraviene el principio de mérito y la diferenciación no resulta proporcionada en la medida que algunos participantes no podrían acceder a

ocupar un cargo de carrera cuando superaron satisfactoriamente todas las etapas del concurso y existen empleos equivalentes sin proveer.

**6.4.** En el auto admisorio de la acción de tutela, el juez de primera instancia vinculó al presente trámite constitucional, como terceros interesados a: i) los integrantes de las listas de elegibles de la convocatoria 436, de 2017, del SENA, para proveer los cargos de instructor en gestión administrativa, ii) los elegibles en el área temática de gestión administrativa y que ya fueron notificados de la autorización que la CNSC remitió de uso de listas de elegibles y iii) los funcionarios que en provisionalidad ocupen empleos de instructor.

En el trámite de la acción de tutela, se presentaron ante el juzgado de primera instancia las intervenciones de las siguientes personas: Néstor Tarsicio Pascuas Lequizamo, Lisbeth Paola García Portala, Nancy Yamile Rodríguez Suárez, Martha Yaneth Ferrer Cárdenas, Lisbeth Paola García Portala, Genaro Ruíz Ríos, Edinson Enrique Pérez Yepes, Marco Tulio Barrero Tique, David Londoño González, Andrés Alberto Gutiérrez, Carlos Enrique Parra, Jaime Alberto Castrillón Castrillón, César Augusto Serrano Rodríguez, Judith Feria Díaz, Ana Jakeline Díaz Muñoz, Andrea Josefina Gutiérrez Sánchez, Judith Jazmín Dussan Prieto, Edilia Restrepo Bustamante, Orlando Antonio Alcendra Moscote, Ana Milena Peña Dávila, Talía Pérez Mendoza, Carlos Enrique Parra Rodríguez y Consuelo Herrera García.

Los intervinientes manifestaron que se encontraban en la misma situación fáctica de los accionantes y, por tal razón, coadyuvaron las pretensiones de los actores, en el sentido de que se garanticen los principios de mérito e igualdad, sobre el elemento de "ubicación geográfica".

Solicitaron que las vacantes definitivas no convocadas y las que llegaren a surgir en vigencia de las listas de elegibles actuales, no sean sometidas a un nuevo concurso de mérito, sino que, se asignen, por lista general, conforme se asignaron las de los empleos declarados desiertos.

## **7. La sentencia impugnada.**

El Juzgado Treinta y Uno Administrativo del Circuito de Medellín, mediante sentencia de 18 de agosto de 2020, negó el amparo de los derechos fundamentales invocados, para lo cual señaló, en primer lugar, que en el asunto de la referencia se cumplen los

requisitos de legitimación en la causa, inmediatez y subsidiariedad, lo cual permite estudiar de fondo lo pretendido por los accionantes.

De otro lado, señaló que no existe vulneración a derecho fundamental o principio constitucional alguno cuando la autoridad correspondiente se abstiene de proveer con dicho acto, empleos no ofertados, salvo que exista norma especial que así lo permita, puesto que es potestad del legislador o de la entidad convocante señalar en la ley o en las reglas que regirán el concurso de méritos, respectivamente, que la lista que se configure servirá para proveer las vacantes que se lleguen a presentar en vigencia de la lista para empleos de la misma naturaleza y perfil.

Agregó que, contrario a lo dicho por los accionantes, para este caso no es posible dar aplicación al parágrafo del artículo 11 de la ley 909 de 2004<sup>1</sup>, por cuanto tal potestad fue eliminada del ordenamiento jurídico y, además, las normas propias del concurso no contemplaron dicha posibilidad de “departamentalizar” las listas de elegibles.

Señaló que lo dispuesto en el artículo 7 de la ley 1960 de 2019 no es aplicable a la convocatoria 436 de 2017, pues las listas de elegibles que conforman los accionantes fueron establecidas mediante las resoluciones 20182120192835, de 24 de diciembre de 2018 y 20192120011295, de 26 de febrero de 2019, esto es, antes de 27 de junio de 2019, fecha de entrada en vigencia de la ley 1960 de 2019.

Refirió que la CNSC, mediante criterio unificado “Uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”, de 16 de enero de 2020, estableció que las listas de elegibles en firme con anterioridad a la vigencia de la ley 1960 de 2019, siguen las reglas previstas antes de la mencionada ley y de los lineamientos establecidos en los acuerdos de convocatoria, en virtud del principio de la ultractividad de la ley.

---

<sup>1</sup> **Artículo 11. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa.** En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:

...

**Parágrafo.** El Banco Nacional de lista de elegibles a que hace alusión el presente artículo será departamentalizado y deberá ser agotado teniendo en cuenta primero la lista del departamento en donde se encuentre la vacante”.

Así mismo, el juez de primera instancia expuso lo siguiente (se transcribe de forma textual):

“De ahí que, para el Despacho no exista violación a los derechos fundamentales de los actores, pues las entidades accionadas han actuado de conformidad con las normas vigentes, respetando el debido proceso y las normas que rigen el concurso en particular. Así, las vacantes deben ser provistas en estricto orden del Decreto 1083 de 2015, esto es, i) con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial; ii) por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil; iii) con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial; iv) con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad. Y si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

“Ello también, en virtud del principio de confianza legítima que rige los concursos, toda vez que entre los empleos vacantes, cuya provisión solicitan los actores, se encuentran empleos con listas autorizadas que no fueron objeto de recurso y que tienen una expectativa a ser nombrados, como es el caso de la OPEC 60895, para el cual la CNSC autorizó la lista de elegibles, con el señor Paulo Augusto Castaño, que ocupa la posición No. 3 en la lista, conformada mediante Resolución 20182120182955 del 24 de diciembre de 2018, con un puntaje de 53.38, a quien le asiste el derecho de ser nombrado en el cargo para el que concursó.

“En las circunstancias del caso, no puede ser que una persona que aspiró a una vacante en un territorio específico, por razones personales, de conveniencia, o de oportunidad, que no pudo ocupar el único o alguno de los varios cargos ofertados en ese territorio, dada su posición (3ro en la lista para 2 vacantes), pero que continúa integrando la lista de ese mismo territorio con la primera opción en caso de que se genere una vacancia definitiva, o por la creación de una nueva plaza, vea frustrada esa legítima opción con el advenimiento de otro concursante que de inicio desestimó la circunscripción territorial.

...

“Ahora, de vuelta al asunto que ocupa el juicio, y, frente al contraargumento ofrecido por el Ministerio Público, en el que expone que la improcedencia de la utilización de las Listas de Elegibles vigentes para proveer cargos de carrera vacante que no fueron ofertados inicialmente, pero que son equivalentes, daría al traste con el derecho a la igualdad, respecto a los participantes que pueden optar a vacantes definitivas que resulten de listas de elegibles conformadas por un número inferior de aspirantes o aquellas cuyo concurso fue declarado desierto, o frente a participantes de convocatorias que se ejecutaron en vigencia del Decreto 1227 de 2005 y la Ley 1960 de 2019, precisa el Despacho, que la igualdad sólo se predica entre quienes se encuentran en situaciones similares o también iguales; de ahí que, al tratarse de normas y casos que no son idénticos, no se observa vulneración al derecho a la igualdad: No existía en la convocatoria, ni para cuando esta se expidió, norma expresa que habilitara esa posibilidad, para el caso específico en que se trate de empleos ubicados en territorio distinto de aquél al que aplicaron los concursantes”.

## 7. La impugnación.

Dentro del término concedido, los accionantes impugnaron el fallo proferido por el juez de primera instancia, con fundamento en los siguientes argumentos.

**Gustavo Adolfo Pineda Pineda** señaló que el juez de primera instancia se apartó del precedente judicial, respecto del uso de las listas de elegibles frente a los cargos declarados desiertos de la convocatoria 436, de 2017, lo cual, además, va en contravía de las políticas públicas del Estado en el nuevo Plan Nacional de Desarrollo (artículo 263 de la ley 1955 de 2019), tendiente a reducir la provisionalidad en el empleo público.

Agregó que es de obligatorio cumplimiento por parte de la CNSC crear el banco de lista de elegibles de cada convocatoria para proveer los cargos declarados desiertos y los cargos temporales que tengan vacancias definitivas o que se creen de manera posterior a la firmeza de las listas de elegibles vigentes.

Así mismo, manifestó lo siguiente:

“Teniendo en cuenta lo anterior y si se le va a dar aplicación al Decreto 1834 de 2015 para que sea procedente muy respetuosamente se informa que las primeras tutelas con la misma situación FACTICA Y JURIDICA contra el SENA y LA CNSC por la convocatoria 436 de 2017 el despacho judicial que primero tuvo conocimiento de la tutela fue: el JUZGADO 002 ADMINISTRATIVO DE CUCUTA mediante la tutela No 54001333300220200010500

...

“Pido que se tenga en cuenta este precedente judicial en cuanto a la acumulación de las tutelas, y para que se revoque el fallo y se me protejan mis derechos fundamentales, o se le de Nulidad a todo lo actuado y se acumule mi acción de tutela a la del JUZGADO 002 ADMINISTRATIVO DE CUCUTA mediante la tutela No 54001333300220200010500”.

Por su parte, **Wilson Bastos Delgado** hizo alusión a una providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para señalar que con las listas de elegibles vigentes se pueden proveer cargos diversos a los que fueron ofertados, cuando estos sean de la misma naturaleza, perfil y denominación y, además, tengan similitud funcional, los cuales deberán ser ocupados en orden descendente.

Señaló que las vacantes no convocadas de “*Instructor en Gestión Administrativa*”, a las que se hace alusión en esta tutela, cumplen con los presupuestos fácticos que logran determinar la similitud funcional con los empleos inicialmente provistos (OPEC

59953 y OPEC 58995), lo que generó a favor de los aquí accionantes, una expectativa legítima para acceder al cargo público de méritos.

Agregó, además, lo siguiente:

“Así las cosas, lo que ha solicitado el actor en las pretensiones de la tutela es precisamente buscar el amparo constitucional para proteger sus derechos fundamentales incoados y poder acceder a una vacante definitiva en carrera administrativa, en período de prueba, en uso de la lista de elegibles vigente de que hace parte después de haber sido seleccionado en un riguroso concurso de méritos en el que participó y compitió en igualdad de condiciones con elegibles de otros empleos con similitud funcional, para acceder a un cargo de idéntico grado y denominación que yace en vacancia definitiva, no convocado y equivalente conforme determinó la ley 1960 de 2019, pero del que sustancialmente es la premisa mayor que persigue el constituyente en su artículo 125 superior. Posibilidad que de brindarse el amparo constitucional solicitado en marco de la protección de sus derechos fundamentales le permitirá al actor acceder de acuerdo a como se agote el orden de provisión establecido en el Decreto 1083 en comento, numeral 4 artículo 2.2.5.3.2., modificado por el artículo 1 el decreto 498 del 30 de marzo de 2020, donde al ser sometido el actor a la posición de mérito, y cumplimiento de requisitos, no vulnera derechos de los ya posesionados en período de prueba en los empleos inicialmente provistos, ni vulnera el acuerdo de convocatoria, ni vulnera la Constitución, pues no se trata de un mecanismo de ingreso automático a la función pública arbitrario e inconsulto y tampoco nada que por sus méritos no merezca y favorezca especialmente los fines del Estado.

“Deviene conforme a lo señalado en el artículo 53 de la Constitución Política, aplicar en el caso bajo examen la situación más favorable al trabajador consistente en retrospectividad, utilizar la lista de elegibles vigente de la OPEC 59953 que integra el actor, para proveer las vacantes definitivas no convocadas de instructor código 3010, en Gestión Administrativa. Considera respetuosamente el actor que posiblemente se equivoca la CNSC en tal apreciación al determinar que la ley 1906 de 2019 no aplica al caso concreto por ser posterior a la convocatoria y no sería acertada la interpretación que parece darle la accionada en el sentido de que utiliza un concepto en virtud de la ultractividad de la ley 1960 de 2019, para el caso concreto, porque se apartan las accionadas y el respetado Juez de la retrospectividad de la ley, que permite que en tránsito de una ley, existiendo unas listas de elegibles vigentes las cuales dentro de la misma convocatoria 436 de 2017, no han consolidado ningún efecto jurídico, son una mera expectativa, que en el momento que se suceda esta provisión de las vacantes definitivas convocadas, se aplica la ley vigente, ley 1960 de 2019.

“Una cosa es que la ley sea posterior a la convocatoria 436, la cual ya concluyó con unos derechos adquiridos que se materializaron en los nombramientos en período de prueba y otra cosa distinta son las listas de elegibles que como bien lo ha manifestado la misma CNSC, no ostentan un derecho adquirido y relativamente lo ha manifestado que son una mera expectativa, por lo que en tránsito de la ley 1960 de 2019, estas listas tienen vigencia, y la provisión de las vacantes definitivas se están generando con la autorización de uso de listas de elegibles para empleos no convocados expedida por la CNSC el 15 de julio de 2020, conforme se relató en el acápite de los hechos y en vigencia de la ley 1960 en comento, la que le es aplicable”.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA.**

### **1. La competencia.**

Este Tribunal es competente para conocer la impugnación del fallo proferido el 18 de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno Administrativo del Circuito de Medellín, de conformidad con el artículo 32 del decreto 2591 de 1991.

### **2. Problema Jurídico.**

A esta Sala le corresponde determinar si la decisión de primera instancia estuvo ajustada a los parámetros constitucionales y legales. Para el efecto, se analizará si se encuentra ajustada a derecho, la decisión adoptada por las accionadas de no autorizar el uso de las listas de elegibles que integran los accionantes, para proveer los cargos en vacancia definitiva o no convocados, en el área temática de gestión administrativa, en los cargos con similitud funcional, particularmente para las OPEC 58995 y 59953, sea a nivel departamental o nacional.

### **3. La acción de tutela: marco jurisprudencial y legal.**

La acción de tutela es un mecanismo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política para brindar la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, frente a acciones u omisiones que amenacen su garantía y que le sean imputables a cualquier autoridad pública o, en ciertos casos, a particulares.

La tutela permite acudir a las autoridades judiciales para que estas tomen las medidas encaminadas a la protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados, a través de un trámite procesal sui generis, desprovisto de ritualismos, sumario y preferente.

Debido a su carácter subsidiario, este recurso de amparo solo procede como mecanismo principal de defensa cuando, a pesar de existir medios ordinarios, estos no resultan eficaces ni idóneos para proteger el derecho vulnerado o su agotamiento supone una carga procesal excesiva para quien padece su violación; en cambio, resulta procedente como mecanismo de protección transitorio, cuando el accionante se encuentra ante el riesgo de un perjuicio irremediable, evento en el cual tiene la carga de argumentar y demostrar su inminencia y, además, probar que ha realizado

acciones positivas para adelantar el mecanismo ordinario de defensa tendiente a conjurarlo definitivamente.

### **3.1. La procedencia de la acción de tutela en el marco de concursos de mérito para cargos públicos de carrera.**

La jurisprudencia constitucional ha identificado las dimensiones del derecho al acceso a los cargos públicos que entran en la órbita de protección del juez constitucional, cuando se demuestra que los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico no resultan idóneos para su protección o que la inminencia de un perjuicio irremediable torna procedente transitoriamente la protección que imparte este medio de defensa. Al respecto, la sentencia SU-339 de 2019 señala (se transcribe textual, como aparece en la providencia en cita):

“... la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que entran dentro del ámbito de protección de este derecho (i) la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos, (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupen un cargo público”.

Además, la Corte ha establecido claramente que *“en casos en los que está en discusión el hecho de si el actor cumple o no con los requisitos para acceder al cargo, es posible proteger otra faceta de dicho derecho: la garantía de que los cuestionamientos en torno al nombramiento y a la posesión se hagan respetando plenamente los procedimientos previstos para ello en la ley”*<sup>1</sup>.

En el presente asunto, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para encausar las pretensiones de los accionantes, comoquiera que no se cuestiona la validez del concurso de méritos o las providencias proferidas en desarrollo del mismo, sino que, se alega que a pesar de cumplir con los requisitos establecidos para ocupar los cargos que en la actualidad se encuentran vacantes, las entidades accionadas no han permitido que los accionantes ocupen tales cargos, porque los cargos vacantes no fueron ofertados en la convocatoria a la cual participaron.

Con base en estos supuestos, pasará a resolverse el problema jurídico planteado.

#### **4. De la solicitud de acumulación formulada por Gustavo Adolfo Pineda Pineda en la impugnación.**

Previo a resolver de fondo el problema jurídico planteado, la Sala considera necesario pronunciarse en relación con la solicitud formulada por Gustavo Adolfo Pineda Pineda, en el sentido de que se declare la nulidad de lo actuado en este proceso y se acumule a la acción de tutela con radicado 54001 23 33 002 2020 00105 00, la cual se tramita en el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cúcuta, pues, según el actor, dicha tutela guarda similitud fáctica y jurídica a las de la referencia y, fue la primera en presentarse.

En lo que tiene que ver con la acumulación de tutelas masivas, el artículo 2.2.3.1.3.1. del decreto 1834, de 2015, dispone lo siguiente:

**“Artículo 2.2.3.1.3.1. Reparto de acciones de tutela masivas.** Las acciones de tutela que persigan la protección de los mismos derechos fundamentales, presuntamente amenazados o vulnerados por una sola y misma acción u omisión de una autoridad pública o de un particular se asignarán, todas, al despacho judicial que, según las reglas de competencia, hubiese avocado en primer lugar el conocimiento de la primera de ellas.

“A dicho Despacho se remitirán las tutelas de iguales características que con posterioridad se presenten, incluso después del fallo de instancia.

“Para tal fin, la autoridad pública o el particular contra quienes se dirija la acción deberán indicar al juez competente, en el informe de contestación, la existencia de acciones de tutela anteriores que se hubiesen presentado en su contra por la misma acción u omisión, en los términos del presente artículo, señalando el despacho que, en primer lugar, avocó conocimiento, sin perjuicio de que el accionante o el juez previamente hayan podido indicar o tener conocimiento de esa situación”.

Conforme la norma en cita, la acumulación de tutelas masivas solo procede cuando las acciones de tutela persigan la protección de los mismos derechos fundamentales, presuntamente amenazados o vulnerados por *“una sola y misma acción”*.

En razón de lo anterior, la Sala considera que en el presente asunto no se dan los presupuestos para la acumulación de la tutela de la referencia a la del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cúcuta, pues no se está alegando que la violación de derechos fundamentales tenga origen en una decisión (acción u omisión) que afecte a todos los participantes del concurso, sino que se está alegando la existencia de una vulneración a partir de la renuencia, por parte de las entidades accionadas, de proveer algunos cargos vacantes con las listas de

elegibles de las cuales hacen parte los actores, decisión que solo afecta directamente los derechos constitucionales fundamentales de los acá accionantes, a pesar de que la decisión que se adopte pueda tener un efecto reflejo en relación con los demás integrantes de la lista de elegibles.

Así las cosas, se negará la solicitud formulada por Gustavo Adolfo Pineda Pineda y se precederá a resolver de fondo las impugnaciones presentadas contra el fallo de primera instancia.

## **5. Análisis de la impugnación.**

En el caso concreto está probado que, mediante acuerdo 20171000000116 del 24 de julio de 2017, modificado por los acuerdos 20171000000146 del 5 de septiembre de 2017, 20171000000156 del 19 de octubre de 2017 y 20181000000876, de 19 de enero de 2018 y aclarado por el 20181000001006, de 8 de junio de 2018, la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a un concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje. Entre los empleos ofertados, en la que pasó a llamarse la Convocatoria 436 de 2017-SENA, se encontraban los siguientes:

- El empleo identificado con código OPEC 58995, denominado Instructor, Código 3030, Grado 1, para el cual se ofertó una vacante ubicada en el municipio de Medellín.
- El empleo identificado con código OPEC 59953, denominado Instructor, Código 3030, Grado 1, para el cual se ofertó una vacante ubicada en el municipio de Bucaramanga.

Gustavo Adolfo Pineda Pineda participó en el concurso de méritos para ocupar el cargo identificado con código OPEC 58995; no obstante, al haber ocupado el segundo lugar en la lista de elegibles, no pudo acceder a dicho cargo, pues, fue designada la persona que tenía mejor derecho que él.

Igual situación le ocurrió a Wilson Bastos Delgado, quien participó en el concurso de méritos para ocupar el cargo identificado con código OPEC 59953; sin embargo, al haber ocupado el segundo lugar en la lista de elegibles, no pudo acceder a dicho cargo.

En la actualidad, Gustavo Adolfo Pineda Pineda y Wilson Bastos Delgado ocupan el primer lugar en las listas de elegibles de los cargos a los cuales aspiraron y, el primero y segundo lugar, respectivamente, a nivel nacional.

Ahora bien, los accionantes solicitan en la presente acción de tutela que se ordene a las entidades accionadas autorizar la conformación de lista de elegibles a nivel departamental o nacional, para las vacantes que a la fecha se encuentran como “no convocadas” en el cargo de instructor en el área de Gestión Administrativa, incluyendo las listas de elegibles de las OPEC de las cuales hacen parte.

Uno de los argumentos que exponen los accionantes, es que los cargos que se encuentran como “no convocados” cumplen con los presupuestos fácticos que logran determinar la similitud funcional con los empleos inicialmente provistos (OPEC 59953 y OPEC 58995), lo que genera a su favor una expectativa legítima para acceder al cargo público de méritos.

Al respecto, la Sala no puede dejar de advertir que la discusión se presenta sobre el procedimiento que regula la conformación del Banco Nacional de Listas de Elegibles, puesto que los accionantes consideran que tienen una expectativa legítima de ser incluidos en la lista de elegibles que debe conformarse para cubrir los cargos vacantes no convocados.

Lo primero que se advierte es que el orden contenido en el artículo 7.6 del decreto 1227 de 2005<sup>2</sup> para la provisión definitiva de los empleos de carrera fue suprimido por el decreto 1894 de 2012 y permaneció excluido en el decreto 648 de 2017, que es la reglamentación aplicable a este caso, compilada en la redacción actual del decreto 1083 de 2015 y que, además, derogó el artículo 33 del decreto 1894 de 2012, donde se establecía el deber de “*utilizar las listas de elegibles en estricto orden descendente para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo, en empleos equivalentes o de inferior jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel*”. En contraste con esto, el decreto 1894 de 2012, tras su modificación por el decreto 648 de 2017, señala en el párrafo primero de su artículo 1 que las listas de elegibles “*sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen*

---

<sup>2</sup> “**Artículo 7°. Modificado por el art 1, Decreto Nacional 1894 de 2012.** La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

“... 7.6. Con la persona que haga parte del Banco de Lista de Elegibles, de acuerdo con el reglamento que establezca la Comisión Nacional del Servicio Civil”.

*en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004”.*

La reglamentación del Banco Nacional de Listas de Elegibles contenida en el acuerdo 159 de 2011 disponía en su artículo 22 que la CNSC, “*aplicando la definición de empleo equivalente*” podía autorizar a las entidades que reportaran vacantes en empleos ofertados en un concurso específico, proveerlas mediante el uso de listas de elegibles de otros empleos equivalentes, siempre que el elegible cumpliera con los requisitos del empleo a proveer y que así lo certificara la CNSC, a través del Estudio Técnico de equivalencias. Esta disposición fue derogada por el acuerdo 562 de 2016 que, en su lugar, dispuso en su artículo 25 que “*los empleos cuyos concursos han sido declarados desiertos por la CNSC, serán provistos de manera definitiva, siguiendo el orden de prioridad de que trata el artículo 1 ° del Decreto 1894 de 2012*”, lo que nuevamente remite a la prohibición contenida en el párrafo primero de esta última normativa de usar las listas de elegibles para proveer vacantes en empleos distintos, así tengan similitud funcional. En concordancia con dicha normativa, de rango superior, es que debe interpretarse el alcance actual de los artículos 20 y 22 del acuerdo 562 de 2016.

En consecuencia, conforme la normatividad relacionada frente al uso del Banco Nacional de Listas de Elegibles, se puede concluir que no le asiste razón a los accionantes cuando solicitan la conformación de lista de elegibles a nivel departamental o nacional, para las vacantes que a la fecha se encuentran como “*no convocadas*”.

Ahora bien, otro de los argumentos expuestos por los accionantes es que, en virtud del artículo 53 de la Constitución Política<sup>3</sup>, en el presente caso debe acudir a la condición mas favorable para los accionantes, esto es, aplicar lo dispuesto en la ley 1960 de 2019, la cual permite la conformación de lista de elegibles a nivel

---

<sup>3</sup> “**Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo.** La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

“Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”.

departamental o nacional, para ocupar cargos con similitud funcional a los empleos inicialmente provistos, para este caso, las OPEC 59953 y 58995.

Al respecto, es de señalar que el artículo 6 de la ley 1960 de 2019, *“Por la cual se modifican la ley 909 de 2004, el decreto ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”* dispone lo siguiente:

**“Artículo 6.** El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

**“Artículo 31.** El proceso de selección comprende:

“1. (...)

“2 (...)

“3 (...)

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

De la lectura de la norma se colige que con las listas de elegibles que surjan de los concursos de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y aquellas definitivas en cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso, es decir, de la lectura de la norma se podría concluir que le asiste razón a los accionantes cuando afirman que las vacantes “no convocadas” pueden ocuparse a partir de listas de elegibles que se conformen, ya sea de orden departamental o nacional, pues, la norma no hace una distinción geográfica ni temporal, en cuanto a las listas que se encontraren vigentes antes de la expedición de la ley 1960 de 2019.

Ahora bien, el argumento de las entidades accionadas para cuestionar la aplicación de la ley 1960 de 2019 en este caso, es que el artículo 7 de dicha norma<sup>4</sup> estableció que la vigencia de la ley regía a partir de su publicación, esto es, el 27 de junio de 2019, por lo cual, como las listas de elegibles de las cuales hacen parte los accionantes fueron conformadas mediante las resoluciones 20182120192835, de 24 de septiembre de 2018 y 20192120011295, de 26 de febrero de 2019, no les son aplicables las disposiciones de la ley 1960 de 2019.

---

<sup>4</sup> **“Artículo 7.** La presente Ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias”.

Mediante documento denominado Criterio Unificado "*Uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019*", la CNSC estableció que a las listas de elegibles que quedaron en firme con anterioridad a la vigencia de la ley 1960 de 2019, les son aplicables las reglas previstas antes de la modificación de la ley 909 de 2004 y las que se hubiesen previsto en los acuerdos de convocatoria, en virtud del principio de ultractividad de la norma. Al respecto, en dicho documento se dijo lo siguiente:

"En virtud de los apartes jurisprudenciales en cita y teniendo en cuenta que el concurso está integrado para diferentes actos administrativos iniciando con el de convocatoria al proceso de selección y culminando con el de evaluación del periodo de prueba, se concluye que las convocatorias para proveer vacantes definitivas de empleos de carrera, iniciadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, deberán agotar el procedimiento conforme a las reglas previamente establecidas en la convocatoria y en las normas que le sirvieron de sustento, con el fin de garantizar seguridad jurídica a las entidades y a los aspirantes. Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.

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

Por su parte, los actores refieren que, en virtud del principio de retrospectividad, la ley 1960 de 2019 debe ser aplicada en este caso, pues, si bien existen unas listas de elegibles de las cuales hacen parte, no se ha consolidado ningún efecto jurídico. Al respecto, es de señalar que, en relación con la retrospectividad de la norma, la Corte Constitucional<sup>5</sup> ha dicho lo siguiente (se transcribe textualmente, como aparece en la providencia en cita):

"El fenómeno de la retrospectividad, por su parte, es consecuencia normal del efecto general e inmediato de la ley, y se presenta cuando las normas se aplican a situaciones que, si bien surgieron con anterioridad a su entrada en vigencia, sus efectos jurídicos no se han consolidado al momento en que cobra vigor la nueva ley. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que 'el efecto en el tiempo de las normas jurídicas es por regla general, su aplicación inmediata y hacia el futuro, 'pero con retrospectividad, [...] siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal...'. De este modo,

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU 309 de 2019.

‘aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma.

Así, la retrospectividad de la norma hace referencia a la posibilidad de aplicar una ley a una situación jurídica que surgió con anterioridad a su vigencia, pero que para este momento (a la entrada en vigencia) aún no se ha consolidado, lo cual, tal como lo exponen los accionantes, ocurre en el presente caso, comoquiera que existe una situación que surgió con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1960 de 2019 (conformación de lista de elegibles), pero de la cual, a la fecha, sus efectos jurídicos no se han consolidado, pues solo se consolidarán, individualmente, en la medida en que se produzcan los nombramientos en período de prueba que es, precisamente, la finalidad de esas listas.

En el asunto de la referencia, si bien se agotaron las etapas de la convocatoria 436, de 2017 y, a la fecha, existen unas listas de elegibles que se encuentran en firme y, de las cuales hacen parte los accionantes, lo cierto es que el efecto jurídico de dichas listas se concreta de manera particular respecto de cada uno de las personas que integran las mismas solo en el momento en que se lleva a cabo su nombramiento en período de prueba, es decir, con la conformación de la lista de elegibles se crean ciertas situaciones particulares y se consolidan algunos derechos dentro del concurso de méritos, pero sus efectos jurídicos se agotan con el nombramiento, en período de prueba, en el cargo al cual aspiró el concursante.

Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional:

“Las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme, salvo expresas excepciones legales. Es así como la Sentencia T455 de 2000 señaló que aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido. Al respecto, indicó la Corporación: (...)

“En el caso en estudio la lista de elegibles, en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58 Superior, en cuyos términos “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores(...)”. A partir de dicho mandato, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos subjetivos que han entrado al patrimonio de la persona, no pueden ser

desconocidos por la ley, salvo que ello sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado".

En ese orden de ideas, la lista de elegibles, una vez en firme, crea un derecho para el concursante que no puede ser desconocido, pero los efectos de esa lista solo se agotan, en principio y entre otros casos, cuando se produce el nombramiento en período de prueba.

Por lo anterior, mientras el concursante se halle en la lista de elegibles y esta permanezca vigente, las normas de orden legal que modifiquen la forma de proveer la vacantes tiene la virtualidad de afectar la situación de quien no ha sido nombrado, no como consecuencia de un efecto retroactivo de la ley, sino, precisamente, como consecuencia del efecto general, según el cual la ley rige hacia el futuro y se aplica a situaciones jurídicas que, a pesar de nacer en vigencia de la ley anterior, se consolidan en vigencia de la ley posterior (efecto retrospectivo), tal como lo contemplan los artículos 52 y 53 de la ley 4 de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal), en armonía con los artículos 38, 41, 44, 45, 46 y 47 de la ley 153 de 1887 de cuyo contenido se deducen las reglas generales para resolver los conflictos de la aplicación de las leyes en el tiempo, así: (i) prevalencia general de la ley posterior sobre la anterior, (ii) las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene, (iii) el efecto general inmediato de las leyes, (iv) la subsistencia del estado civil adquirido conforme a la ley anterior pero con arreglo a la ley posterior en cuanto al ejercicio de derechos y obligaciones inherentes a dicho estado, (v) la conservación de derechos reales constituidos bajo ley anterior pero con sujeción al imperio de la ley nueva en cuanto a su ejercicio, cargas y extinción, (vi) la validez de los contratos celebrados bajo ley anterior con sometimiento de sus efectos a la ley nueva, y (vii) la preferencia de la ley preexistente favorable en materia penal, entre otros<sup>6</sup>.

Por ende, la ultractividad y la retroactividad de la ley, por regla general, debe ser previstas por el mismo legislador, salvo en las materias en que la misma Constitución autoriza la aplicación en la ley en el tiempo en tales condiciones (por ejemplo, en materia penal, en virtud del principio favor rei).

---

<sup>6</sup> SU 309 de 2019, citada párrafos atrás.

El artículo 6 de la ley 1960 de 2019 modificó el artículo 31 (numeral 4) de la ley 909 de 2004, en cuanto a la provisión de las vacantes.

En efecto, el artículo original de la ley 909 de 2004 (artículo 31, numeral 4) señalaba, fundamentalmente, que con las listas de elegibles elaboradas por la Comisión Nacional del servicio civil se debían proveer las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y la ley 1960 de 2019 (artículo 6) modificó dicha norma, en el sentido de prever que con las listas de legibles no sólo se deben proveer las vacantes para las cual es efectuó el concurso, sino aquellas vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad.

La norma del artículo 6 de la ley 1960 de 2019, sin duda alguna, es aplicable, en virtud de efecto ordinario y retrospectivo la ley, a los concursos de méritos que se vienen adelantado y a aquellos que tienen lista de elegibles vigente, pero cuyas situaciones jurídicas aún no se ha concretado en relación con algunos de esos participantes, porque no han sido nombrados en período de prueba. En esa medida las vacantes que se presenten en cargos equivalentes deben ser provistas con las listas de elegibles vigentes aún cuando no hayan sido ofrecidos al inicio del concurso.

No existe ninguna razón para que la Comisión Nacional del Servicio Civil le de una aplicación ultractiva al numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004, cuando el legislador no consagró ese efecto expresamente. Si el legislador hubiera querido darle ese efecto ultractivo a la citada ley 909, en virtud de la libertad de configuración legislativa, habría señalado expresamente que las nuevas disposiciones de la ley 1960 de 2019 se debían aplicar solamente para los concursos que iniciaran con posterioridad a su vigencia; pero, en este caso, por el contrario, el artículo 7 de esta última contempló que la ley 1960 de 2019 rige a partir de fecha de su promulgación, lo cual no deja espacio para la duda de su aplicación inmediata y retrospectiva para aquellas situaciones jurídicas que aún no se han consolidado.

En esa medida, en sentir de la Sala, les asiste razón a los demandantes, en cuanto a que, si bien la lista de elegibles genera ciertos derechos para el concursante, los efectos de esa lista no se han agotado y no se han consolidado aún en relación

con ellos, por lo cual es aplicable el artículo 6 de la ley 1960 de 2019 para la provisión de las vacantes que se presenten respecto de los empleos equivalentes.

De otro lado, también le asiste razón a los accionantes cuando afirman que, de no ocuparse los cargos que a la fecha se encuentran vacantes con las personas que actualmente conforman las listas de elegibles de la convocatoria 436, de 2017, con el argumento de que quienes se encuentran en la lista de elegibles optaron por cargos en ubicación geográfica distinta a la ubicación de las vacantes, se estaría contraviniendo el principio de mérito.

En lo que tiene que ver con el principio del mérito, la Corte Constitucional<sup>7</sup> ha dicho (se transcribe textualmente, como aparece en la providencia en cita):

“El principio del mérito como criterio rector del acceso a la función pública se manifiesta principalmente en la creación de sistemas de carrera y en la provisión de los empleos de las entidades estatales mediante la realización de concursos públicos. Los concursos públicos tienen la finalidad de determinar la idoneidad, la capacidad y la potencialidad de los aspirantes a ocupar un cargo desde el punto de vista de la categoría del empleo y de las necesidades del servicio. En este sentido, las etapas y pruebas de una convocatoria deben dirigirse a identificar las destrezas, aptitudes, experiencia, idoneidad, suficiencia, entre otras cualidades, calidades, competencias y capacidades de los candidatos. Una vez estas habilidades han sido calificadas de manera objetiva, sólo aquél con mayor mérito debe ser designado en el respectivo cargo, con exclusión de los demás concursantes”.

Conforme lo anterior, el principio del mérito se consolida como pilar fundamental dentro de la estructura del Estado para garantizar el acceso y permanencia a la administración pública de personal idóneo que cuente con las capacidades para ejercer las labores inherentes a los cargos públicos, en aras de cumplir con los fines inherentes al Estado, por lo tanto, este principio debe prevalecer sobre otros parámetros al momento de seleccionar el personal para ocupar las vacantes que existan dentro de la administración pública.

En razón de lo anterior, no es de recibo lo expuesto por las entidades accionadas cuando afirman que los cargos no convocados que a la fecha se encuentran vacantes, no pueden ser ocupados por aquellas personas que se encuentren en las listas de elegibles de la convocatoria 436, de 2017, en razón a que las mismas solo pueden ocupar vacantes que se encuentren dentro del mismo municipio al cual se optó al momento de concursar.

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-610, de 3 de octubre de 2017.

El anterior razonamiento iría en contravía de los principios que rigen el procedimiento de acceso a los cargos públicos, comoquiera que se estaría dando prevalencia al factor territorial sobre el principio del mérito, es decir, bajo este entendimiento, se puede presentar el supuesto en que una persona sea nombrada en un cargo vacante, a pesar de existir otra persona que haya obtenido un mejor puntaje pero que, al optar por un cargo en determinado municipio donde no existan suficientes vacantes, no pueda ser nombrado en aquél, pese a estar dispuesta a aceptar el nombramiento en otro municipio.

Aunado a lo anterior, es de señalar que con la aplicación retrospectiva de la ley 1960 de 2019, en el presente asunto es factible consolidar listas del orden departamental o nacional, con el fin de ocupar vacantes no convocadas, con personal que se encuentre en las listas de elegibles vigentes, independientemente de la ubicación geográfica del cargo respecto del cual se conformó la lista. No de otra forma podría darse aplicación a lo dispuesto en la citada norma.

Así las cosas, en virtud de lo dispuesto en la ley 1960 de 2019 y dando prevalencia al principio del mérito, se accederá a lo pretendido por los accionantes.

#### **6.- Decisión. -**

Por lo anterior, se revocará la decisión adoptada el 18 de agosto de 2020, por el Juez Treinta y Uno Administrativo del Circuito de Medellín, mediante la cual se negó el amparo solicitado por los accionantes.

En consecuencia, se ordenará a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, en el territorio nacional, respecto de los empleos relacionados con las OPEC 58995 y 59953, a las cuales concursaron los accionantes.

Cumplido lo anterior y, de ser procedente, en el término de cinco (5) días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA deberán efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con

los empleos relacionados con las OPEC 58995 y 59953, tal como lo dispone la ley 1960 de 2019 (artículo 6).

Vencido el término anterior y previo estudio del cumplimiento de los requisitos mínimos, dentro de los cinco (5) días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA deberán efectuar el nombramiento, en período de prueba, de quienes tienen el mejor derecho en los cargos vacantes no convocados al cual optaron, respetando, en todo caso, el orden de elegibilidad de la lista que se conforme para tal efecto.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA – SALA QUINTA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **F A L L A.**

**PRIMERO: REVÓCASE** la sentencia proferida el 18 de agosto de 2020, por el Juzgado Treinta y Uno Administrativo Oral del Circuito de Medellín, por lo expuesto en la parte motiva y, en su lugar, se dispone:

**SEGUNDO: AMPÁRANSE** los derechos fundamentales invocados por Gustavo Adolfo Pineda Pineda y Wilson Bastos Delgado, por las razones expuestas en la parte motiva.

**TERCERO: ORDÉNASE** a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, dentro de los diez cinco (5) días siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, en el territorio nacional, respecto de los empleos relacionados con las OPEC 58995 y 59953, a las cuales concursaron los accionantes.

**CUARTO:** Cumplido lo anterior y, de ser procedente, en el término de cinco (5) días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA deberán efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia a los empleos relacionados con las OPEC 58995 y 59953.

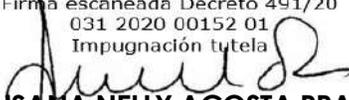
**QUINTO:** Vencido el término anterior y previo estudio del cumplimiento de los requisitos mínimos, dentro de los **cinco (5) días siguientes** la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA deberán efectuar el nombramiento, en período de prueba, de quienes tienen el mejor derecho en los cargos vacantes no convocados al cual optaron, respetando, en todo caso, el orden de elegibilidad de la lista que se conforme para tal efecto.

**SEXTO:** Notifíquese a las partes en la forma indicada en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991 y comuníquese al *a quo* lo aquí decidido.

**SÉPTIMO:** Dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta Sentencia, remítase a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión. Si no fuere seleccionada, devuélvase al juzgado de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,**

Esta providencia se estudió y aprobó en Sala, como consta en acta de la fecha.

Firma escaneada Decreto 491/20  
031 2020 00152 01  
Impugnación tutela  
  
**SUSANA NELLY ACOSTA PRADA**

Firma escaneada: Acción de Tutela  
Exp. No. 053/2020 00152 Radica. Concede  
  
**JORGE LEÓN ARANGO FRANCO**

202000152 tutela revoca. Concede  
  
**DANIEL MONTERO BETANCUR**

República de Colombia



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**  
Sala Civil de Decisión Especializada en Restitución de Tierras

Magistrado Ponente:  
**JORGE ELIÉCER MOYA VARGAS**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación N°: **110013103 014 2020 00285 01**  
Asunto: **Acción de Tutela**  
Accionante: **Damaris Gómez Díaz**  
Accionado: **Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA-**  
Vinculado: **Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC-**

(Discutido y aprobado en sesión de la misma fecha)

Se resuelve la impugnación presentada por la accionante contra el fallo de tutela proferido el 9 de noviembre de 2020 por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Bogotá, mediante el cual negó el amparo implorado.

## **ANTECEDENTES**

### **1. Objeto**

Damaris Gómez Díaz interpuso acción de tutela reclamando la protección de los derechos fundamentales al debido proceso, petición, igualdad y acceso al empleo público tras concurso de mérito, los cuales estima vulnerados por el Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA, al considerar que ha omitido el uso de lista de elegibles respecto al cargo de profesional Grado 2 Código 61401 para ocupar un empleo equivalente, misma o similar denominación, mismas o similares funciones, mismo o similar grado, y mismo o similar salario que se encuentran en provisionalidad, encargo o vacantes. Solicitó, en consecuencia, se ordene "(...)" a las entidades accionadas que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, realicen los trámites administrativos pertinentes para dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles conformada mediante Resolución N° 20182120149295CNSC –DEL 17-10-2018, respecto al cargo de profesional Grado 2 CODIGO 61401 en uno de los empleos que se encuentran en provisionalidad, encargo o vacantes, teniendo en cuenta que el mismo fue convocado a concurso y la lista se encuentra vigente (...) a la Comisión Nacional del Servicio Civil que se oferten los empleos del cargo de PROFESIONAL GRADO 2 CÓDIGO 61401, en la OFERTA PÚBLICA DE EMPLEOS, con el fin de que quienes hacemos parte de las listas, optemos por una de ellas, autorizar la lista de elegibles y debidamente notificado este acto y en firme, lo remita al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA –y se ordene al

Servicio Nacional de Aprendizaje SENA que, una vez recibida la lista de elegibles de la Comisión, proceda a efectuar mi nombramiento en una de las vacantes declaradas desiertas o que hayan quedado vacantes, o empleos cubiertos en provisionalidad, o por encargo con posterioridad a la conformación de la lista, teniendo en cuenta la *ratio decidendi* establecida por la sentencia Corte Constitucional T-340 de 2020 proferida el 21 de agosto de 2020, en donde claramente se avala la aplicación del artículo 6 de Ley 1960 de 2019 con efecto retrospectivo (...) INAPLÍCAR por inconstitucional el “criterio unificado de uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”, emanado de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el 16 de enero de 2020 (...) que la comisión Nacional del Servicio Civil haga un estudio técnico y objetivo de equivalencias entre todos los cargos reportados por el SENA como vacantes ante la CNSC y la OPEC 61401, que expongo detalladamente en este escrito, que de una forma clara determine lo pertinente para mi caso en concreto (...).”

## **2. Hechos**

Como causa para accionar afirmó que, se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante CNSC), proceso destinado a proveer plazas para el empleo de “PROFESIONAL Grado 2, de la OPEC 61401”, de la entidad Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA; realizó todas las pruebas dispuestas en el concurso, logrando alcanzar el tercer lugar, posteriormente, el segundo lugar por la recomposición automática de las listas (Resolución N° CNSC–20182120149295 del 17-10-2018) y en la actualidad ocupa el primer puesto con 69,66 puntos; elevó petición solicitando le otorgaran amparo conforme los términos del fallo de tutela proferido por el Tribunal de Medellín (Accionante: Gustavo Adolfo Pineda Pineda y Wilson Bastos Delgado, Accionado: Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA y Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC); al respecto la CNSC dio respuesta desfavorable a lo petitionado, indicando que no administra la planta de personal de las entidades, en esa medida, no puede efectuar nombramientos en los empleos que pertenecen a la planta de personal del SENA, correspondiéndole a esta entidad realizar la solicitud de uso de listas de elegibles, para proveer vacantes definitivas no convocadas del sistema general de carrera administrativa y las que llegaren a surgir en vigencia de la lista de elegibles OPEC 61401, así mismo, no era posible otorgar el amparo solicitado, en razón a que las decisiones de tutela son inter-partes.

El 27 de junio de 2019 se expidió la Ley 1960 de 2019, "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones" en cuyo artículo 6 se consignó: "El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "ARTICULO 31. El proceso de selección comprende: 1. (...) 2. (. . .) 3. (...) 4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las



vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad”; el 16 de enero de 2020 la CNSC expide el CRITERIO UNIFICADO “USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019”; refiere que en varios fallos de tutela en segunda instancia se ha “apoyado la aplicación con efecto retrospectivo de la Ley 1960 de 2019 en sus artículos 6 y 7, en acciones de tutela contra el ICBF y la CNSC (...) y que se apartan con sus decisiones de la aplicación del CRITERIO UNIFICADO del 16 de enero de 2020”; para los nombramientos de las personas que se encuentran en lista de elegibles no están siendo tenidas en cuenta aquellas que pueden ocupar empleos equivalentes, entre otros asuntos porque el acceso a los cargos públicos está siendo limitado por el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, aunque existe evidencia de empleos ocupados por personas en provisionalidad o por encargo.

### 3. Actuación

El 27 de octubre del presente año el Juzgado de primera instancia admitió la solicitud, ordenó la notificación a la parte accionada para que en el término de un día se pronunciara al respecto y el enteramiento de los participantes en las convocatorias 61041 y 61043.

3.1. La CNSC señaló que, la acción es improcedente en virtud del principio de subsidiariedad, dado que carece de los requisitos constitucionales y legales, pues la inconformidad de la actora radica en la normatividad que rige el concurso frente a la vigencia, firmeza y el uso de las listas de elegibles, situaciones que se encuentran reglamentadas en los Acuerdos del concurso, así como en los criterios proferidos por la entidad, entre los que se encuentra el “Criterio Unificado de 16 de enero de 2020”, actos administrativos de carácter general, respecto de los cuales la accionante cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertirlos, razón por la que la tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos, a más que no prueba la existencia de un perjuicio irremediable.

Agrega que no resulta procedente el uso de listas, tal y como lo solicita la actora, para la conformación de nuevas vacantes, pues con ellos se le estaría dado aplicación a la Ley 1960 de 2019 de manera retrospectiva, toda vez que la Convocatoria No. 436 de 2017 -SENA, inició con la expedición del Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley, luego la aplicación “retrospectiva” de la Ley

1960 de 2019, no es posible como quiera que ello contraviene lo dispuesto en los artículos 52 y 53 de la Ley 4 de 1913; frente a la aplicación del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, el mismo se expidió en el marco de las competencias asignadas por la Constitución y la Ley a la CNSC, con el fin de garantizar la correcta aplicación de la normatividad de carrera en los procesos de selección iniciados con antelación a la promulgación de la Ley 1960 de 2019 y aquellos que iban a ser adelantados con posterioridad a la misma; en punto del primer escenario se dispuso que “Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria. De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC-de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" 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”; no resulta procedente autorizar el uso de la lista de elegibles bajo el concepto de “empleos equivalentes” existentes en la planta de personal del SENA, pues tal situación desconocería que la CNSC cuando autoriza un uso de listas de elegibles, debe ajustarse a los criterios definidos por la ley vigente que reglamentó el concurso de méritos, la cual estableció que los usos de listas se harían para proveer “mismos empleos”.

El 21 de agosto de 2020, la Corte Constitucional –Sala Tercera de Revisión profirió la Sentencia T-340 de 2020, en la que se pronunció sobre el efecto de la Ley 1960 de 2019 para las listas vigentes antes de su expedición, de la cual resulta erróneo concluir que por la simple pertenencia a una lista de elegibles se configure un derecho particular y concreto para ser nombrado en periodo de prueba, ya que para que aquello sea procedente, debe existir la vacante definitiva en las mismas condiciones que las ofertadas en el Concurso de Méritos, la lista debe continuar vigente y perentoriamente se debe ser el siguiente en estricto orden de mérito.

Durante la vigencia de la lista el Servicio Nacional de Aprendizaje, no ha reportado vacantes adicionales a las ofertadas en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017, que cumplan con el criterio de mismos empleos, además, la señora Damaris Gómez Díaz ocupó la posición dos (2), en la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 20182120149295 del 17-10-2018, en consecuencia, la



accionante no alcanzó el puntaje requerido para ocupar la posición meritoria en la lista de elegibles para proveer el empleo al que concursó, de conformidad con el número de vacantes ofertadas ostentando frente a la misma una expectativa, es por esto que la accionante, se encuentra sujeta no solo a la vigencia si no al tránsito habitual de las listas de elegibles cuya movilidad pende de las situaciones administrativas que puedan ocasionar la generación de vacantes definitivas en la entidad, de igual manera, frente a las provisionales o encargos, le corresponde al SENA indicar si hay empleos en provisionalidad o encargos que puedan ser del mismo empleo al que corresponde el de la tutelante.

3.2. El SENA manifestó que, la acción de tutela no cumple con los requisitos de inmediatez, subsidiariedad y existencia de un perjuicio irremediable, lo anterior, en razón a que la lista de elegibles de la cual hace parte la accionante, fue establecida mediante resolución del 17 de octubre de 2018, la cual quedó en firme el 6 de noviembre de la misma anualidad, es decir, que hace más de 15 meses a la presentación de la solicitud de amparo constitucional, así mismo, la actora tiene otros medios de defensa judicial contra las decisiones tomadas por el SENA o la CNSC, las cuales se expresan en actos administrativos y que ella misma aportó como prueba con el escrito tutelar, por lo cual debería demandar dichas decisiones a través de los medios de control en la jurisdicción contencioso administrativa, junto con la solicitud de medida cautelar de suspensión de los actos administrativos señalados de ilegales o inconstitucionales; aunado a lo anterior, la accionante no probó la existencia de un perjuicio irremediable que deba ser tutelado.

No es cierto que por ocupar el segundo lugar en la lista de elegibles y por existir plazas vacantes, le asiste el derecho a ser nombrada en dichos cargos, a pesar de que no concursó para ellos y tengan una OPEC diferente y requisitos, como la experiencia específica, a más que existen elegibles con mejor derecho por mérito que la actora; resalta que atender las pretensiones de la accionante de elaborar una lista de elegibles única con los cargos declarados desiertos a nivel nacional para el cargo ofertado Profesional, Grado 02, del SENA, desconocería las reglas del concurso señaladas en la convocatoria, y no tendría validez teniendo en cuenta que cada OPEC tiene un núcleo básico de conocimiento diferente y una experiencia específica, a la par, se vulnerarían los derechos de las demás personas que participaron en dicha convocatoria bajo códigos OPEC diferentes, en consecuencia, la tutela es improcedente ante la inexistencia de un perjuicio

irremediable, dado que el derecho al debido proceso de la actora no se ha visto enfrentado en ningún momento a una amenaza de vulneración cierta, y con una alta probabilidad de ocurrencia.

### **3.3. Coadyuvancia de terceros interesados**

3.3.1. Cristhian Felipe Salinas Cruz indicó que participa como tercer interesado y coadyuvante en la tutela de la referencia, dado que las entidades accionadas vulneran igualmente sus derechos constitucionales al debido proceso, petición, igualdad y acceso al empleo público tras concurso de mérito; resalta su apoyo a las pretensiones de la tutela y que la señora Damaris Gómez Díaz, pueda acceder al cargo en periodo de prueba, y que el suscrito que sigue en lista también pueda acceder a una vacante no convocada de las que existen, siempre y cuando cumpla requisitos y siga en posición de mérito; la tutela trata en últimas de la violación de los derechos fundamentales invocados por la actora al no hacerse uso de listas de elegibles, en el marco de la Ley 1960 y el criterio unificado del 16 de enero para acceder a un empleo “NO CONVOCADOS” que pide la actora, que surgió con posterioridad a la convocatoria y que es equivalentes en naturaleza, perfil, denominación, código y grado, salarios y funciones, a los que se ofertaron, en la OPEC 61403 en que participó y que en igual grado afecta los derechos fundamentales del suscrito Interesado.

Se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de PROFESIONAL Grado 2, de la OPEC 61403, para la entidad SENA, aprobó las pruebas correspondientes y logró el segundo lugar; afirma que ha pedido al SENA se le otorgue amparo conforme al fallo proferido por el Consejo de Estado dentro de la tutela invocada por Gustavo Adolfo Pineda y Wilson Bastos Delgado contra el SENA y la CNSC, de igual manera, ha pedido que se realice una nueva solicitud de autorización de uso de listas de elegibles, en la que se incluya la lista OPEC 61403 para proveer el cargo de profesional Grado 2, en una de las vacantes definitivas no convocadas del sistema general de carrera administrativa, identificadas en la planta global del SENA.

3.3.2. Leidy Alexandra Infante Camargo señaló que, se permite participar como tercera interesada y coadyuvante en la tutela de la referencia, por cuanto las entidades accionadas violan sus derechos constitucionales al debido proceso, petición, igualdad y acceso al empleo público tras concurso de mérito; indica que se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de



PROFESIONAL Grado 8, de la OPEC 60375, para la entidad SENA; luego de aprobar las pruebas correspondientes alcanzó el segundo lugar con 69,92 puntos; afirma que ha pedido al SENA se le otorgue amparo conforme precedentes constitucionales y que la entidad realice ante la CNSC una nueva solicitud de autorización de uso de listas de elegibles, en la que se incluya la lista OPEC 60375 para proveer el cargo de profesional Grado 8, en una de las vacantes definitivas no convocadas del sistema general de carrera administrativa, identificadas en la planta global del SENA.

Agrega que deben tenerse en cuenta los diversos fallos de tutela que han garantizado la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para convocatorias anteriores al 27 de junio de 2019, en relación a la utilización de listas para cargos equivalentes.

3.3.3. José Ferney Montes Moreno manifestó que, se permite participar como tercer interesado y coadyuvante en la tutela de la referencia, con el fin de apoyar las pretensiones de la accionante; indica que se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la CNSC, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo instructor grado: 1 código: 3010 número OPEC: 59772, realizó las pruebas correspondientes ocupando el puesto 12 con 63,46 puntos (en la actualidad primero por la recomposición automática de la lista); afirma que ha pedido que el SENA realice una nueva solicitud de autorización de uso de listas de elegibles, en la que se incluya la lista OPEC 59772, para proveer una de las vacantes definitivas no convocadas del sistema general de carrera administrativa, identificadas en la planta global del SENA; resalta que con la expedición de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, que modifica la Ley 909 de 2004, los procesos de selección deberán ser estructurados considerando el posible uso que de las listas pueda hacerse para otros empleos equivalentes, con el objeto de lograr que ellos sean comparables desde el proceso mismo de selección, así mismo, que de acuerdo con un nuevo criterio de la CNSC (22/sept/2020) no se especifican limitaciones de aplicación en relación con el tiempo en el que se firmó el acuerdo de la convocatoria, en otras palabras aplica para todas ellas incluyendo la del concurso en el cual está participando, siendo este criterio expedido después de la Sentencia T-340 del 21 de agosto de 2020. En esa medida se entiende claramente que el mismo fue actualizado después de dicha fecha, por ello hay una definición de “Empleo Equivalente” que, contempla todo el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

3.3.4. Dina Luz Sánchez Ardila indicó que participa como tercera interesada y coadyuvante en la tutela de la referencia, como quiera que las accionadas vulneran sus derechos fundamentales al debido proceso, petición, igualdad y acceso al empleo público tras concurso de mérito; afirma que se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de PROFESIONAL Grado 8, de la OPEC 60375, para la entidad SENA. Luego de aprobar las pruebas correspondientes alcanzó el doceavo lugar; en la entidad existen vacantes no ofertadas para proveerlas conforme la Ley 1960 de 2019, todas en el mismo empleo y área temática para el cual concursó; como aporte de la coadyuvancia indica que la CNSC el 22 de septiembre de 2020 expidió un nuevo criterio en el cual no se especifican limitaciones de aplicación en relación con el tiempo en el que se firmó el acuerdo de la convocatoria, es decir que aplica para todas ellas incluyendo la del concurso en el cual está participando, siendo este criterio expedido después de la Sentencia T-340 del 21 de agosto de 2020, se entiende claramente que el mismo fue actualizado después de dicha fecha, por ello hay una definición de “Empleo Equivalente” que ahora sí, contempla todo el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

3.3.5. José Ricardo López Caro manifestó que participa como tercer interesado y coadyuvante en la tutela de la referencia, dado que la parte accionada vulnera igualmente sus derechos fundamentales; afirma que se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de profesional Grado 8, de la OPEC 60375, para la entidad SENA, logrando alcanzar el noveno lugar con 69.92 puntos; en la entidad existen vacantes no ofertadas para proveerlas conforme la Ley 1960 de 2019, todas en el mismo empleo y área temática “profesional grado 8”, cargo para el cual concursó; como aporte de la coadyuvancia indica que el 22 de septiembre de 2020 la CNSC expidió un nuevo criterio en el cual, no se especifican limitaciones de aplicación en relación con el tiempo en el que se firmó el acuerdo de la convocatoria, por tanto, aplica para todas ellas incluyendo la del concurso en el cual está participando, siendo este criterio expedido después de la Sentencia T-340 del 21 de agosto de 2020, entendiéndose que el mismo fue actualizado después de dicha fecha, por ello hay una definición de “Empleo Equivalente” que ahora sí, contempla todo el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

3.3.6. Yoneid Patricia Villa García indicó que participa como tercera interesada y coadyuvante en la tutela de la referencia, dado que la parte accionada vulnera



igualmente sus derechos fundamentales; que se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de instructor, de la OPEC 58718, para la entidad SENA, logrando alcanzar el tercer lugar con 80.38 puntos; resaltó igualmente, que la CNSC expidió un nuevo criterio unificado para empleos equivalentes, atendiendo lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019.

3.3.7. Jorge Enrique Correa Castellar manifestó que participa como tercero interesado y coadyuvante en la tutela de la referencia, dado que la parte accionada vulnera igualmente sus derechos fundamentales; se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de instructor, de la OPEC 58386, para la entidad SENA, logrando alcanzar el segundo lugar con 76.03 puntos; en la entidad existen vacantes no ofertadas para proveerlas, conforme la Ley 1960 de 2019, todas en el mismo empleo y área temática “INSTRUCTOR, Grado 1”, cargo para el cual concursó; resalta, que la CNSC expidió un nuevo criterio unificado para empleos equivalentes, atendiendo lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019.

3.3.8. Aleyda Asprilla Ávila manifestó que participa como tercera interesada y coadyuvante en la tutela de la referencia, dado que la parte accionada vulnera igualmente sus derechos fundamentales; afirma que se inscribió en la Convocatoria 436 de 2017 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceso destinado a proveer plazas ofertadas en concurso para el empleo de profesional Grado 7, de la OPEC 60518, para la entidad SENA, logrando alcanzar el cuarto lugar con 74.93 puntos; alega que con la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019, en el presente asunto es factible consolidar listas del orden departamental o nacional, con el fin de ocupar vacantes no convocadas, con personal que se encuentre en las listas de elegibles vigentes, independientemente de la ubicación geográfica del cargo respecto del cual se conformó la lista.

#### **4. Fallo impugnado**

El juez *a-quo*, en sentencia proferida el 9 de noviembre de los corrientes negó el amparo solicitado, al considerar que la accionante cuenta con remedios ordinarios para la defensa de sus intereses, lo cual torna improcedente la acción de tutela, por incumplir el presupuesto de subsidiariedad, dado que frente a la aplicación de

lo normado por Artículo 6 de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019 que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, es asunto de la jurisdicción ordinaria, pues no se demostró que la misma fuera inoperante; frente a quienes coadyuvaron la solicitud ninguno de ellos ocupa el primer lugar de la lista de elegibles, sin que acreditaran el acaecimiento de un perjuicio irremediable; de igual manera, no se tiene vulnerado el derecho de petición como quiera que las accionadas comprobaron haber dado respuesta a la solicitud elevada por la actora.

## **5. La impugnación**

Inconforme con la decisión la parte accionante la impugnó; adujo que se tiene superado el requisito de subsidiariedad por ser un concurso de méritos y el reproche no recae propiamente contra un acto administrativo, sino contra decisiones que cambian para los actores las reglas de juego de la convocatoria, determinaciones que hacen procedente la acción constitucional, máxime que la jurisprudencia ha señalado que, no obstante la existencia de otros medios ordinarios, la acción de tutela es el mecanismo idóneo siempre que estos no resulten adecuados ni eficaces, entre otros motivos, porque los trámites dispendiosos y la demora en su resolución podrían hacer inócua la orden judicial impartida ante la imperiosa necesidad de brindar una solución inmediata al afectado y para garantizar la protección del principio de carrera.

## **CONSIDERACIONES**

### **1. Problema Jurídico**

Corresponde a esta Sala determinar si las entidades demandadas han vulnerado los derechos fundamentales de la señora Damaris Gómez Díaz, por el hecho que no se elabore una lista de elegibles para los cargos vacantes posteriores a la convocatoria 436 de 2017 que sean equivalentes, tal como lo dispone la Ley 1960 de 2020, lo cual daría paso a revocar el fallo de primera instancia. Previamente se verificará la procedencia de la acción de tutela en materia de concursos de méritos.

### **2. Derecho a la igualdad y petición**

2.1. El artículo 13 del estatuto fundamental, refiere que todas las personas son iguales ante la ley, que recibirán el mismo trato y protección de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua,



religión, opinión política o filosófica. Esta disposición adicionalmente impuso al Estado el deber de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y que adopte medidas en favor de los grupos discriminados o marginados, además de proteger especialmente a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta por su condición económica, física o mental.

De vieja data se tiene por averiguado que la constatación de vulneración a esta garantía conlleva un ejercicio de comparación, como resultado del cual habrá de concluirse si el trato que la ley o las autoridades dispensan a una pluralidad de sujetos, es o no diferente, o, si la diferencia que se evidencie está o no justificada y es proporcional. Tal ponderación solo es posible entonces frente a más de un individuo, porque solo así hay lugar a realizar dicho ejercicio de comparación.

2.2. El derecho fundamental de petición se encuentra previsto en el artículo 23 constitucional como el que tiene toda persona para presentar a la administración solicitudes que involucren un interés particular o general, y sean resueltas en forma oportuna; su desarrollo normativo se encuentra en la Ley 1755 de 2015, en cuyo artículo 14 establece el término de 15 días para la resolución de peticiones en interés particular.

La jurisprudencia constitucional en reiteradas oportunidades se ha referido a los requisitos que debe cumplir la respuesta brindada por la administración<sup>1</sup>, so pena de entender vulnerada esa garantía fundamental, a saber: oportunidad, resolver de fondo, de manera clara, precisa y congruente con lo solicitado y ser puesta en conocimiento del peticionario<sup>2</sup>. La Corte Constitucional al respecto ha dicho que “El

---

<sup>1</sup> Entre otras consúltese Corte Constitucional Sentencia T-400 de 2008.

<sup>2</sup> La alta Corporación en sentencia T-146 de 2012 sintetizó las reglas para la protección del derecho de petición, de la siguiente manera:

“a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.

b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.

d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.

e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine.

f) La Corte ha considerado que cuando el derecho de petición se formula ante particulares, es necesario separar tres situaciones: 1. Cuando el particular presta un servicio público o cuando realiza funciones de autoridad. El derecho de petición opera igual como si se dirigiera contra la administración. 2. Cuando el derecho de petición se constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede

derecho de petición faculta a toda persona a elevar solicitudes respetuosas a las autoridades públicas –y en casos especiales a los particulares-, e involucra al mismo tiempo la obligación para la autoridad pública de emitir una respuesta que, si bien no tiene que ser favorable a las pretensiones del peticionario, sí debe ser oportuna, resolver de fondo lo requerido por el peticionario y ser puesta en conocimiento del mismo. El derecho de petición exige por parte de las autoridades, una decisión de fondo a lo requerido por el ciudadano. Esto implica la proscripción de respuestas evasivas o abstractas, ello no quiere decir que necesariamente la respuesta deba ser favorable. La respuesta de fondo implica un estudio sustentado del requerimiento del peticionario, acorde con las competencias de la autoridad frente a la que ha sido presentada la petición.”<sup>3</sup>

### **3. Súplica Constitucional y Debido Proceso Administrativo**

La tutela es un mecanismo extraordinario, preferente, residual y sumario con el que cuenta toda persona para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, y excepcionalmente por los particulares. Procede cuando el interesado no cuente con otro instrumento de defensa judicial, o existiendo, no sea idóneo para proteger esos derechos, o sea necesaria su utilización como mecanismo transitorio para impedir la consumación de un perjuicio irremediable.

Insistentemente se ha sostenido que el amparo en comento procede ante amenazas o vulneraciones ciertas, ostensibles, inminentes y claras, por manera que el juez de tutela no puede dictar medidas de protección ante meras posibilidades de trasgresión a cánones de estirpe primera; lo que es lo mismo, la súplica constitucional solo encuentra cabida para hacer cesar vulneraciones presentes y actuales, o para prevenir amenazas ciertas y contundentes, en

---

protegerse de manera inmediata. 3. Pero, si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad, este será un derecho fundamental solamente cuando el Legislador lo reglamente.

g). En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6º del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordena responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes.

h) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición.

i) El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta. Sentencias T-294 de 1997 y T-457 de 1994.” (Subrayado fuera del texto)[22]”

<sup>3</sup> Corte Constitucional Sentencia T-441 de 2013



manera alguna resulta de recibo para proteger hechos inciertos y futuros que apenas y constituyen una posibilidad remota de suceder<sup>4</sup>.

Sabido es que, en principio, la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para debatir y/o resolver las controversias que surgen en desarrollo de las actuaciones de la administración, pues la competencia para ello radica en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa, por ser ésta el juez natural de este tipo de procedimientos y contar con una estructura a partir de la cual se pueda desarrollar un amplio debate legal y probatorio a efectos de comprobar si los llamados a cumplir las funciones del Estado contrariaron el mandato de legalidad<sup>5</sup>.

Sin embargo la Corte Constitucional ha sostenido que, de manera excepcional, es posible hacer uso de este excepcional remedio constitucional para resolver del citado debate, siempre y cuando se acredite la existencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual cabe el amparo como mecanismo transitorio, o se establezca que el medio de control contemplado en la legislación resulta ineficaz para la protección del derecho a la luz de las circunstancias de cada caso particular, evento en el que opera como medio de defensa definitivo<sup>6</sup>.

La precitada Corporación tiene dicho, que el debido proceso constituye una garantía que debe respetarse no solo en los procesos judiciales, sino también en los de índole administrativa que impliquen consecuencias para los administrados, en tal ámbito debe propenderse por un proceso justo, válido y adecuado al procedimiento que particularmente lo regula, así mismo, que cuando se predica el desconocimiento de tal postulado corresponde verificar la trasgresión haciendo “(...) uso de las causales de procedencia de tutela contra decisiones judiciales<sup>7</sup>, puesto que si bien se trata de escenarios diferentes, tales supuestos describen las formas más usuales de afectación del derecho...”<sup>8</sup> y, de mayor importancia para este asunto en particular, el hecho de ser la solicitud de amparo subsidiaria y residual, lo que “(...) implica que si la persona cuenta con un medio de

---

<sup>4</sup> Véanse, entre muchas otras: Corte Constitucional, Sentencias T – 677 de 1997, T – 382 de 1998. T – 230 de 2002 y T – 647 de 2003.

<sup>5</sup> Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T – 957 de 2011, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

<sup>6</sup> Véanse, entre muchas otras, las Sentencias T - 830 de 2004 y T – 957 de 2011, cuyas ponencias correspondieron, respectivamente, a los Magistrados Rodrigo Uprimny Yepes y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>7</sup> La Gardiana Constitucional ha establecido que la acción de tutela contra providencias judiciales resulta procedente cuando se verifica el cumplimiento de los que han sido denominados requisitos generales y especiales de procedibilidad; los primeros, se concretan en que la discusión tenga relevancia constitucional; que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial; que se cumpla el requisito de inmediatez; que la irregularidad advertida tenga efecto decisivo en la sentencia que finiquite la instancia; que la trasgresión se hubiere alegado en el proceso judicial y; que no se trate de sentencias de tutela, los segundos, se precisan en la existencia de un defecto orgánico, procedimental, fáctico o sustantivo, así como en la presencia de un error inducido, una decisión sin motivación o el desconocimiento del precedente.

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 076 de 2011, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

defensa efectivo a su alcance o, habiendo contado con el mismo, de manera negligente lo ha dejado vencer, la tutela devendrá improcedente”<sup>9</sup>.

#### **4. De la procedencia de la acción de tutela en materia de concursos de méritos**

Es sabido que la acción de tutela tiene por objeto, conforme a lo normado en el artículo 86 constitucional, la salvaguarda inmediata de los derechos fundamentales cuando quiera que sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública y, excepcionalmente, de los particulares, siempre y cuando la persona afectada no disponga de otro medio de defensa judicial, o que, contando con él, éste sea ineficaz para proveer su protección.

En punto de la procedibilidad de la acción de tutela contra actos administrativos en el desarrollo de concursos de méritos, la jurisprudencia<sup>10</sup> ha señalado que:

“por regla general la acción de tutela es improcedente contra actos administrativos que se profieran en marco de un concurso de méritos, no obstante, excepcionalmente, procede el amparo cuando (i) se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el juez concederá la protección transitoria mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto; o cuando (ii) a pesar de que existe un medio defensa judicial, no resulta idóneo o eficaz para conjurar la violación del derecho fundamental invocado. Finalmente, es necesario recordar, que (iii) el acto que se demande en relación con el concurso de méritos no puede ser un mero acto de trámite, pues debe corresponder a una actuación que defina una situación sustancial para el afectado, y debe ser producto de una actuación irrazonable y desproporcionada por parte de la administración”.

De igual manera, en reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia señaló que “las inconformidades contra actos administrativos [...] para acceder a puestos de carrera administrativa, por regla general, no son susceptibles de debate a través de acción de tutela, pues, para ello concierne al afectado acudir a la jurisdicción competente [...] a través del procedimiento legalmente establecido para el afectado [...] habida cuenta que la jurisdicción contencioso administrativa es el escenario natural de dicha controversia donde con mayor detalle podrá debatirse la habilidad del acto, en las etapas procesales establecidas para dichos propósitos...”<sup>11</sup>.

#### **5. Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo**

El 27 de junio de 2019 se expidió la Ley 1960, "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones"; entre los cambios introducidos se tiene el del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no

<sup>9</sup> Op. Cit., Sentencia T – 830 de 2004.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-386 de 2016.

<sup>11</sup> CSJ STC de 28 de febrero de 2014, Exp. 76001-22-03-000-2014-00015-01; pronunciamiento reiterado en sentencias de tutela STC 302-2016 y STC 373-2016, de 20 y 25 de enero de 2016, respectivamente, cuyas ponencias correspondieron al Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona.



solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas “vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad”. Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación.

Ahora bien, el cambio incluido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, comporta una variación en las reglas de los concursos de méritos, particularmente en relación con la utilización de las listas de elegibles; así, la normativa anterior y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el tema, partían de la premisa de que la norma establecía que las listas de elegibles únicamente podrían usarse para los cargos convocados y no otros, a pesar de que con posterioridad a la convocatoria se generaran nuevas vacantes definitivas.

En lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, el Alto Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

“sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma, por lo que se deberá definir si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley.

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

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

Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso *sub-judice*. El último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la **retrospectividad**, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, “*pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva*”<sup>[52]</sup>. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia”<sup>12</sup>.

En línea con lo anterior, precisó la Corte Constitucional<sup>13</sup> que:

“Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.

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

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

---

<sup>12</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-340 de 2020.

<sup>13</sup> *Ibidem*.



la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso”.

Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia; sin embargo, posteriormente, el 20 de enero de 2020, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que “las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, **deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad** y que correspondan a los “**misimos empleos**”, entiéndase con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.”; y de forma complementaria se pronunció el 22 de septiembre de 2020 estableciendo el criterio unificado de uso de listas de elegibles para empleos equivalentes y definió que “Se entenderá por empleos equivalentes aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan grado salarial igual, posean el mismo requisito de experiencia, sean iguales o similares en cuanto al propósito principal o funciones, requisitos de estudios y competencias comportamentales y mismo grupo de referencia<sup>3</sup>de los empleos de las listas de elegibles”.

En resumen, con el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la referida ley respecto del uso de la lista de elegibles, hay lugar a su aplicación retrospectiva, de manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas, es posible aplicar la regla contenida en la Ley 1960 de 2019, siempre que, para el caso concreto, se den los supuestos que habilitan el nombramiento de una persona que integra una lista de elegibles y ésta todavía se encuentre vigente.

## 6. Caso concreto

Revela el plenario que la señora Damaris Gómez Díaz participó de la convocatoria No. 436 de 2017 que llevó a cabo la CNSC para proveer una vacante del empleo de carrera identificado con el código OPEC 61401, denominado Profesional Grado 02 y agotadas las correspondientes etapas del concurso, se conformó la lista de elegibles por medio de la Resolución CNSC-20182120149295 del 17 de octubre de 2018, en la cual hacen parte 3 ciudadanos, quedando la actora en el segundo puesto, por lo que la vacante fue suplida con la persona que ocupó el primer lugar; circunstancia por la cual, atendiendo la expedición de la Ley 1960 de 2019, que entre otras cosas, modificó el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas “vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad” y algunos pronunciamientos constitucionales (fallos de tutela) en el marco de la referida convocatoria, la accionante elevó petición ante la CNSC y el SENA solicitando se aplicara el precedente y la Ley 1960 de 2019, en consecuencia, se le nombrara en periodo de prueba en alguna de las vacantes definitivas no convocadas en la denominación “profesional grado 2”.

Como quiera que la petición fue atendida desfavorablemente, la actora acudió a la presente acción de tutela, encontrándose vigente la lista de elegibles de la OPEC 61401 para el momento de su radicación, en procura de la protección de sus garantías fundamentales, al considerar que las entidades accionadas desconocían el efecto retrospectivo de la Ley 1960 de 2019 y la posibilidad que las personas en lista de elegibles puedan ocupar empleos equivalentes vacantes con posterioridad a la convocatoria, de allí que reproche la postura consignada en el criterio unificado CNSC del 16 de enero de 2020, al limitar la aplicación de la referida ley a las vacantes en los “mismos empleos”.

De entrada se advierte, que la presente solicitud de amparo se torna procedente, puesto que la lista de elegibles en la que la actora ocupa el segundo lugar tomó firmeza el 28 de noviembre de 2018, evidenciándose así que la vigencia de dicha lista es por el término de 2 años, por tanto, una solución en la jurisdicción contencioso administrativa llegaría cuando ya la lista de elegibles hubiese perdido vigencia; y más grave aún, no se advierte una acción idónea ante dicha jurisdicción para exigir la elaboración de una lista de elegibles y el nombramiento



correspondiente, en alguna de las vacantes posteriores a la convocatoria equivalentes a la OPEC 61401.

Frente a lo anterior, forzoso viene tener en cuenta que la Corte Constitucional<sup>14</sup> ha sostenido que, pese a la existencia de las vías de reclamación en lo contencioso administrativo, existen dos hipótesis que permiten la procedencia excepcional de la acción de tutela. La primera, se presenta cuando existe el riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable, y la segunda, cuando el medio existente no brinda los elementos pertinentes de idoneidad y eficacia para resolver la controversia, a partir de la naturaleza de la disputa, de los hechos del caso y de su impacto respecto de derechos o garantías constitucionales.

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

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

“Particularmente, cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que (i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley. En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que [,] a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico. (...)”

“Por último, es importante poner de presente que, pese a que se podría sostener que la pretensión de la acción de tutela, se podría satisfacer mediante la solicitud de medidas cautelares, lo cierto es que en el fondo se plantea una tensión que involucra

<sup>14</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-340 de 2020.

el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales. // Lo anterior, en la medida en que tal y como se estableció en las Sentencias C-645 de 2017, C-588 de 2009, C-553 de 2010, C-249 de 2012 y SU-539 de 2012, el mérito es un principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, en la medida en que tiene un triple fundamento histórico, conceptual y teleológico. En efecto, el principio del mérito se estableció en el ordenamiento jurídico con la finalidad de proscribir las prácticas clientelistas, para garantizar un medio objetivo de acceso, permanencia y retiro del servicio público y, por último, para hacer efectivos otros derechos que encuentran garantía plena a través de éste, al tiempo que se materializan los principios de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución. (...)

Ahora bien, atendiendo las pretensiones de la accionante, resulta pertinente resaltar que el numeral 4º del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, dispone lo siguiente: “Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de (dos) 2 años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”.

Como se hizo referencia líneas atrás, la Corte Constitucional precisó con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019 respecto del uso de la lista de elegibles, que hay lugar a su aplicación retrospectiva, de manera que, para el caso de las personas que ocupan un lugar en una lista, pero no fueron nombradas por cuanto su posición excedía el número de vacantes convocadas (situación de la aquí accionante), es posible aplicar la regla contenida en la ley citada; en ese contexto, con la finalidad de dar aplicación al presupuesto normativo referido, la CNSC ha desarrollado criterios unificados, entre ellos, el del 16 de enero de 2020 en el que hace alusión a la posibilidad de cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, por otra parte, el 22 de septiembre de 2020, dio las pautas para determinar si un empleo es equivalente a otro para efectos del uso de la lista de elegibles en la misma entidad, estableciendo que en cumplimiento de la nueva norma, las listas de elegibles producto de un proceso de selección se usarán para proveer vacantes definitivas de los mismos empleos o empleos equivalentes.

En esa medida, la postura de las entidades accionadas de hacer uso de listas únicamente para proveer vacantes de los mismos empleos reportados, vulnera los



derechos de la accionante, como quiera que no le permite acceder a la carrera administrativa pese a haber superado un concurso de mérito y existir vacantes equivalentes a la OPEC 61401 (afirmación que no fue desvirtuada por la parte convocada), máxime que tanto la normatividad como el criterio unificado del 22 de septiembre de 2020, establecen el uso de la lista de elegibles para proveer vacantes de empleos equivalentes.

Por lo anterior, la Sala revocará el fallo impugnado y concederá el amparo solicitado, ordenando al SENA que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia, informe a la CNSC los empleos vacantes no convocados o nuevos empleos surgidos con posterioridad que tengan equivalencia con el empleo denominado Profesional, Grado 2 relacionado con la OPEC 61401, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019; una vez que la CNSC reciba dicha información, procederá dentro de los cinco (5) días siguientes, a elaborar una lista de elegibles unificada en estricto orden de mérito, de todas las personas que habiendo superado la Convocatoria No 436 de 2016-SENA, no lograron ser nombrados en el empleo denominado Profesional, Grado 2 de cada una de las OPEC concursadas, la que deberá remitir al SENA dentro de los dos días siguientes; iii) recibida la lista de elegibles unificada por parte del SENA, éste procederá dentro de los tres (3) días siguientes a realizar el nombramiento en período de prueba de las personas que tengan el mejor derecho para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 61401, respetando siempre el orden de elegibilidad.

En consecuencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en Sala Civil de Decisión Especializada en Restitución de Tierras, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** el fallo de tutela proferido el 9 de noviembre de 2020 por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Bogotá para, en su lugar, **CONCEDER** el amparo solicitado por Damaris Gómez Díaz, atendiendo las razones esgrimidas en el presente proveído.

**SEGUNDO: ORDENAR** al SENA que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia, informe a la CNSC los empleos vacantes no

convocados o nuevos empleos surgidos con posterioridad que tengan equivalencia con el empleo denominado Profesional, Grado 2 relacionado con la OPEC 61401, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019; una vez que la CNSC reciba dicha información, procederá dentro de los cinco (5) días siguientes, a elaborar una lista de elegibles unificada en estricto orden de mérito, de todas las personas que habiendo superado la Convocatoria No 436 de 2016-SENA, no lograron ser nombrados en el empleo denominado Profesional, Grado 2 de cada una de las OPEC concursadas, la que deberá remitir al SENA dentro de los dos (2) días siguientes; iii) recibida la lista de elegibles unificada por parte del SENA, éste procederá dentro de los tres (3) días siguientes a realizar el nombramiento en período de prueba de las personas que tengan el mejor derecho para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 61401, respetando siempre el orden de elegibilidad.

**TERCERO: COMUNICAR** la presente decisión a los intervinientes por el medio más expedito, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. Remítase copia de esta decisión al Juzgado de primera instancia, para lo de su competencia.

**CUARTO:** Oportunamente enviar el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**QUINTO:** Teniendo en cuenta que el presente fallo se emite de manera digital con firmas electrónicas se advierte que la autenticidad de estas puede ser constatada a través del código de verificación que se suministra en el correo electrónico mediante el cual surte su notificación. Cualquier duda al respecto podrá ser absuelta en el correo electrónico [secrebta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secrebta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Firmado electrónicamente  
**JORGE ELIÉCER MOYA VARGAS**  
Magistrado

Firmado electrónicamente  
**OSCAR HUMBERTO RAMÍREZ CARDONA**  
Magistrado

Firmado electrónicamente  
**JORGE HERNÁN VARGAS RINCÓN**  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA PARA ADOLESCENTES

Magistrado Ponente : John Jairo Ortiz Álzate  
Referencia : 11001311805202000113 01 [5.064]  
Accionante : Oscar Javier Alford Muñoz  
Accionado : Comisión Nacional del Servicio Civil. Otra  
Decisión : Revoca. Tutela

**Aprobado en acta No.0147A**

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)

**ASUNTO**

La Sala decide la impugnación impetrada contra el fallo de noviembre 24 de 2020 mediante el cual el Juzgado 5 Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Bogotá declaró improcedente la tutela interpuesta por el ciudadano *OSCAR JAVIER ALFORD MUÑOZ*, en protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad, petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos de función pública, confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica, cuya vulneración atribuyó a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA.

**LA SOLICITUD**

Del farragoso y deshilvano escrito tutelar, se extracta para los fines que interesa enfatizar, que el ciudadano *OSCAR JAVIER ALFORD MUÑOZ* se inscribió en la convocatoria No. 436 de 2017 “para proveer

*definitivamente por concurso abierto de méritos, los empleos vacantes pertenecientes al sistema general de carrera administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA*”, para el empleo identificado con la denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1, OPEC No. 59820, promovida por la Comisión Nacional de Servicio Civil. Señala que para dicho empleo ocupó el 2 lugar, por lo que considera tiene derechos adquiridos sobre la consolidación de los resultados de todas las pruebas efectuadas, y sobre cuya base se debieron proveer los cargos en el *mismo empleo, en empleos equivalentes o de inferior jerarquía*, ubicados dentro del mismo nivel por solicitud de la entidad en este caso, EL SENA, dando aplicación a la Ley 1960 de 2019, esto además por cuanto la CNSC, declaró desierto varios cargos con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1, los cuales presentan similitud funcional, con el cargo que se postuló.

Por tanto, explica que, la CNSC expide la resolución de lista de elegibles No. 20182120188225 del 24 de diciembre de 2018, con firmeza a partir del día desde el día 15 de enero de 2019, para proveer una (01) vacante de la OPEC No. 59820, con la denominación de INSTRUCTOR, CÓDIGO 3010 grado 1, donde ocupó el lugar número SEGUNDO de elegibilidad con 86.63 puntos definitivos.

De igual manera, señala que la CNSC tiene la obligación de conformar, organizar, manejar el Banco Nacional de Lista de elegibles para proveer los cargos declarados desierto y los cargos temporales que tengan vacancias definitivas o que se creen posterior a la firmeza de las listas de elegibles vigentes, razón por la cual se expiden el Acuerdo 562 de 2016 de conformidad con la Ley 909 de 2004.

Posteriormente, el 27 de junio de 2019 se expide la Ley 1960 por la cual se modifica la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones, en la cual se establece en el artículo 6 numeral 4 que: “4. *Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes*

*para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad”*

Lo anterior, alude, permite el uso de lista de elegibles con cargos no ofertados tal como lo confirma la Comisión accionada en auto de enero del año en curso, por ello, el SENA reportó a la CNSC, unos cargos no ofertados para que se haga el uso de lista de elegibles; sin embargo, este proceso no se ha adelantado ya que siguen existiendo solicitudes de exclusión sin resolver.

Advierte de igual forma, que el 16 de enero de 2020 la CNSC expide el criterio unificado *"uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019"* donde se deja la claridad y la obligatoriedad de hacer el uso de lista de elegibles con los cargos no ofertados posteriores a la entrada en vigencia de la mencionada Ley 1960 de junio de 2019.

Afirma que, pese a que su lista de elegibles vence el 14 de enero de 2021, aun no se le ha dado la posibilidad de hacer uso vulnerando sus derechos fundamentales, al encontrarse como elegible para un cargo con la Denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1, lo que le da derecho a que se le nombre en un cargo similar al que se presentó; más aún por cuanto varios de los cargos ofertados y no ofertados en las convocatorias de 2008, NO fueron provistas por parte de la CNSC y EL SENA, tratándose de un deber legal y no de una potestad por parte de las mencionadas entidades, sin que por parte de las accionadas le hayan realizado ofrecimiento de nombramiento en periodo de prueba en aplicación de la Ley 909 de 2004 y 1960 de 2019.

Del mismo modo, refiere que el 12 de agosto del cursante presentó derechos de petición ante la CNSC y el SENA, solicitando su nombramiento en un cargo no ofertado con la Denominación Instructor de los cargos no ofertados y desiertos, con similitud funcional con el que se presentó en la convocatoria 436 de 2017; echando de menos una respuesta efectiva por parte de la última entidad referida.

Para sustento de lo expuesto, cita sendas jurisprudencias emitidas en sede de tutela proferidas por diferentes autoridades judiciales; y además, referencia la sentencia T- 340 de 2020 de la Corte Constitucional.

Finalmente, indica que instauró acción de tutela solicitando su nombramiento en periodo de prueba en un cargo no ofertado dando aplicación a la ley 1960 de 2019, dicha tutela fue admitida en el Juzgado 2 Circuito adscrito al SRPA – CFC. Con el número 08-001-31-18-002-2.020-00055- 00 y a su vez le exigió *para que aportara direcciones, correo electrónico y nombres de las personas que se hallan integrando EL LISTADO DE ELEGIBLES para el precitado cargo (cuya posesión reclama activa), a fin de sanear lo instado en forma primigenia; para lo cual se le otorgó LAPSO DE TRES (3) DÍAS*, información esta que le fue imposible obtener por lo que el 19 de octubre pasado, dicho estrado judicial RECHAZÓ de plano su acción de tutela.

En igual sentido, agregó la existencia de hechos nuevos sobre el uso de la lista de elegibles con cargos no ofertados, teniendo en cuenta que el veintidós (22) de septiembre de dos mil veinte (2020), la CNSC emite un nuevo criterio unificado, permitiendo el uso de lista de elegibles con empleos equivalentes de acuerdo a la Ley 909 de 2004, Ley 1960 de 2019 y Decreto 815 de 2018.

Así las cosas, pretende que, en amparo de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, *garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del estado*, igualdad, derecho de petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas vía merito, *así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica*, se ordene de manera inmediata a la CNSC y al SENA realizar el nombramiento en periodo de prueba y su posesión para un empleo bien sea que haya sido ofertado o no ofertado con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1. De forma adicional, se ordene a la CNSC, VERIFICAR una a una toda la planta de personal del SENA, para identificar todos los cargos con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1 con los núcleos básicos de

conocimiento contemplados en la OPEC No 59820 a la cual se presentó dentro de la Convocatoria 436 de 2017. Así como se dé respuesta de fondo al derecho de petición radicado el 19 de agosto de 2020.

#### SENTENCIA IMPUGNADA

El a quo discurrió sobre los requisitos básicos de procedencia de la acción de tutela, subsiguientemente reseñó lo concerniente a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos.

Seguidamente mencionó que: *Este Despacho tuvo conocimiento del fallo emitido por citado juzgado de Ejecución de Penas, con ocasión de la llamada que hiciera la señora secretaria del Juzgado Tercero Homólogo, informando que a ese Despacho les correspondió por reparto del 17 de noviembre de 2020, la tutela presentada por el aquí accionante, contra las mismas entidades, los mismos hechos, identidad de pretensiones, y al correr el debido traslado, la CNSC, les informó que este Juzgado también le había puesto en conocimiento días antes la presente tutela, la cual nos fuera repartida el 10 de los corrientes, es decir 7 días antes.*

Bajo ese entendido, el Despacho profundizó sobre la temeridad, concluyendo que, *frente a estos planteamientos jurisprudenciales, en el caso concreto, el señor ALFORD MUÑOZ, ya había acudido a la acción de tutela a solicitar los mismos derechos aquí invocados, cuya pretensión principal radica en que al estar próxima a vencerse la lista de elegibles para el cargo al cual concursó, solicita se ordene a las accionadas, le informen si hay concursantes que no aceptaron el nombramiento y cuantos (sic) son, para que se continúe haciendo uso de la lista de elegibles en estricto orden de mérito, hasta cubrir las vacantes ofertadas en esa convocatoria, antes que se venzan los dos años. Y para ello a su juicio se debe dar aplicación la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, por cuanto tiene derechos adquiridos sobre la consolidación de los resultados de todas las pruebas efectuadas, sobre cuya base debieron proveer los cargos en el mismo empleo, en empleos equivalentes o de inferior jerarquía, ubicados dentro del mismo nivel por solicitud de la entidad en este caso, el SENA; además, porque la CNSC, declaró desiertos varios cargos con la misma denominación, similitud funcional, para el cargo que se postuló y se encuentra como elegible..*

En el caso concreto, adujo, que frente a esos aspectos ya hubo un pronunciamiento, tutelándose el derecho al debido proceso, como se acotó en precedencia, por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla, pretensiones frente a las cuales nuevamente acudió por vía de tutela y que es objeto de estudio en el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, sin que aparezcan eventos nuevos en el trámite de la misma, por lo que no se puede justificar la presentación de múltiples tutelas, dado que se acredita la configuración de la temeridad, por cuanto hay identidad de partes, identidad de causa pretendi, identidad de objeto y por último , no se evidencia de un argumento nuevo y válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio de esta acción constitucional.

Además, afirmó que no se cumple el requisito de subsidiariedad, como quiera que el accionante tiene otros medios de defensa judicial contra las decisiones tomadas por el SENA o la CNSC, los cuales se expresan en actos administrativos, demandables ante la jurisdicción contenciosa administrativa, establecidos en la Ley 1437 de 2011, con la posibilidad de solicitar como medida cautelar la suspensión de los actos administrativos que considere fueron ilegales o inconstitucionales. O si lo debatido consiste en la aplicación de la Ley 1960 de 2019, el mecanismo judicial principal es la acción de cumplimiento. Así mismo, no se encuentra probado el requisito de que el accionante se encuentre en un perjuicio irremediable.

Por lo anterior, declaró improcedente la acción instaurada por el señor *ALFORD MUÑOZ*.

#### LA IMPUGNACIÓN

El accionante adujo que el fallo de primera instancia carece de las condiciones necesarias a la sentencia proporcionada, teniendo en cuenta que, se declaró la acción de tutela improcedente, sin tener en cuenta los pronunciamientos de las altas cortes donde se ha dejado en claro de la procedencia de la acción de tutela en cualquier etapa de un concurso de méritos, como lo es en este caso.

En ese sentido, señaló que la CNSC cambió el criterio unificado el pasado 22 de septiembre de 2020 donde después de que la entidad analizó el uso de lista de elegibles aprobó su uso con empleos equivalentes; sin embargo, en su caso el SENA Y la CNSC pretenden aplacarlo solamente respecto del mismo empleo yendo en contravía del debido proceso administrativo. Así mismo asevera, que el juez de primera instancia, tampoco tuvo en cuenta la sentencia T 340 de la Honorable Corte Constitucional yendo en contra del precedente judicial.

De forma adicional, hizo alusión a los múltiples pronunciamientos emitidos en sede de tutela, respecto de situaciones análogas, esto es la aplicación de la Ley 1960 de 2019.

Con todo, solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia para que en su lugar se amparen los derechos fundamentales que considera transgredidos.

## CONSIDERACIONES

### 1. Competencia.

Al tenor del artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, modificado por el Decreto 1382 de 2000, ratificado en el Decreto 1069 de 2015, este último modificado por el Decreto 1983 de 2017, normas que rigen el reparto de las acciones de tutela, el a quo podía tramitar y decidir la solicitud del demandante *ALFORD MUÑOZ*.

Atendida la naturaleza jurídica de la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad pública del orden nacional de acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 130 de la Carta Política, en armonía con el artículo 7o de la Ley 909 de 2004.

En este orden de ideas, en virtud del factor contemplado en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, ningún reparo suscita la competencia de esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación. Ello, pues al tenor del

artículo 168 de la Ley 1098 de 2006, tiene la condición de superior en el ámbito referido del funcionario de primera instancia.

## 2. Análisis del caso concreto.

De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política antes citado, la tutela constituye un mecanismo residual que permite la intervención inmediata del juez constitucional en aras de proteger los derechos fundamentales ante su vulneración o amenaza por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, tratándose de estos últimos en los casos previstos en la norma en referencia. Esa acción pública está caracterizada además, de acuerdo con las previsiones del artículo 3 del Decreto 2591 de 1991, por los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia.

Así las cosas, para determinar la prosperidad de la tutela presentada por la accionante y, consecuentemente, de la impugnación presentada contra el fallo de primera instancia, resulta necesario verificar la existencia o no de una situación de menoscabo o riesgo para los derechos de tal rango. De igual modo, la carencia del medio ordinario de defensa judicial, a menos, desde luego, que el mismo sea ineficaz, o resulte viable el amparo con carácter de mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; en fin, en las hipótesis excepcionales contempladas en el artículo 6, numeral 1, *ibídem*.

Inicialmente, teniendo en cuenta la decisión emitida en primera instancia, en sede de impugnación se hizo necesario requerir a las autoridades mencionadas (Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla – Atlántico y Juzgado 3 Penal del Circuito para adolescentes de Bogotá), a fin de establecer realmente la existencia o no de la temeridad decretada, esto toda vez que en expediente digital remitido no se halló copia de las piezas procesales correspondientes, necesarias para determinar la existencia de dicha figura procesal, esto es el escrito de tutela y el fallo, requerimiento que fue debidamente atendido por las autoridades judiciales en comento.

En este punto se debe indicar que el análisis se realizará respecto de la acción de tutela instaurada ante el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla – Atlántico y la que correspondió al Juzgado a quo, toda vez que la conocida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito para adolescentes fue repartida en fecha posterior y por lo tanto el fallo proferido no tendría incidencia en la presente acción constitucional.

Ahora bien, revisados los elementos probatorios allegados establece la Sala que no se trata de una acción temeraria, como quiera que, aunque existe similitud respecto del accionante y las entidades demandadas relacionadas en el escrito introductorio allegado al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla – Atlántico y a este Estrado Judicial, la relación fáctica y pretensiones son completamente distintas, pues, aunque versan sobre la Convocatoria Nro. 436 de 2017; ante el Juzgado de Ejecución de Penas, se busca que ordene a las entidades demandadas la realización de una audiencia pública por áreas temáticas, para la selección del empleo entre todas las vacantes temporales, de acuerdo al orden de mérito establecido en la respectiva lista de elegibles, lo cual no tiene semejanza con las pretensiones contenidas en el escrito genitor asignado a esta Judicatura, en consecuencia se procederá a su análisis.

En desarrollo de dicho cometido, sea lo primero indicar, que *ALFORD MUÑOZ* pretende la protección para sus derechos fundamentales al trabajo, al acceso a cargos públicos, a la igualdad, al debido proceso y petición, cuyo rango fundamental de manera alguna se discute de conformidad con los artículos 11, 13, 23, 25 y 29 de la Carta Política.

También, que atribuye su vulneración, a la CNSC y al SENA. Ello, por cuanto aduce que luego de participar en el concurso de méritos Convocatoria 436 de 2017 por la Comisión Nacional de Servicio Civil, logró obtener el puesto 2 en el cargo INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1 y pese a que varios de los cargos ofertados y no ofertados en la convocatoria en mención aún no han sido provistas, no se le ha dado la posibilidad de hacer uso de Lista de Elegibles en la que se encuentra. En

ese sentido, arguye que, de acuerdo a la Ley 906 de 2004, el acuerdo 562 de 2016 y la Ley 1960 de 2019, les corresponde a las entidades accionadas hacer uso de dicha lista de elegibles con cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso.

Como primera medida, debe precisar la Sala, sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos dentro de un concurso de méritos; con fundamento en las características de residualidad y subsidiariedad que reviste la acción de tutela, han sido reiterados los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los cuales ha precisado que esta acción es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos en el marco de una convocatoria o concurso de méritos, ya que para debatir la legalidad de aquéllos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda la suspensión provisional del acto como medida cautelar. Bajo esa premisa, la Corte ha precisado lo siguiente<sup>1</sup>:

*En ese sentido, la Corte ha indicado que la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Lo anterior se debe a que dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, quien pretenda controvertir el contenido de un acto administrativo, debe acudir a las acciones que para tales fines existe en la jurisdicción contencioso administrativa.*

Sin embargo, lo anterior no obsta para que, en casos excepcionales, cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, el juez pueda conceder la protección transitoria, mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto. De manera que para admitir la procedencia de la acción de tutela deben observarse las siguientes reglas:

*(i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y,*

---

<sup>1</sup> Sentencia T-045/11. También pueden consultarse: sentencias T-100/94, 046/95, 455/96, 256/95, 315/98, 1198/01, 599/02, 600/02 y 654/11.

(ii) *cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.*

Esa postura fue reafirmada por la misma Corporación en sentencia SU-553/15, donde la Corte abordó el estudio de un asunto similar al aquí planteado y fijó un derrotero sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela frente a los actos administrativos en materia de concurso de méritos, que busca evitar un perjuicio irremediable por cuanto la lista de elegibles pierde vigencia:

*La jurisprudencia constitucional ha determinado que existen casos excepcionales en los que no opera la regla general de improcedencia de la acción de tutela contra este tipo de actos administrativos. El primer supuesto, es cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor; y el segundo, cuando el accionante ejerce la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable. De ahí que, en ciertos casos, cuando la acción de tutela se interpone contra actos administrativos relacionados con concursos de méritos, el perjuicio irremediable que se pretendería evitar son las consecuencias negativas que se derivan de la pérdida de vigencia de la lista de elegibles, las cuales no se podrían impedir si exige al tutelante el previo agotamiento de los medios de control dispuestos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo para reclamar la protección de su derecho, por la extensa duración de su trámite.*

De igual forma, en este pronunciamiento la Corte precisó que las controversias que sobre la protección de derechos fundamentales se susciten dentro de un concurso de méritos, por el corto plazo del mismo exigen soluciones prontas, eficientes y eficaces, que en la mayoría de los casos únicamente se logran a través de la jurisdicción constitucional por vía de tutela.

Como las prenotadas circunstancias son evidentes en el presente asunto, si se superan otros niveles de análisis, procederá el amparo constitucional petitionado.

En segundo lugar, esta Corporación concreta lo atinente al derecho fundamental al debido proceso administrativo en los concursos de méritos, esto es la convocatoria como ley del concurso; el artículo 125 de la Carta Política, concerniente a la carrera administrativa y los concursos de méritos, establece lo siguiente:

*ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Todos los servidores públicos serán designados por concurso público de méritos, salvo aquellos respecto de quienes la Constitución o la ley establezcan un mecanismo de designación especial. De esta disposición quedan exceptuados los ministros, los viceministros, los jefes de departamento administrativo, los secretarios de despachos departamentales y municipales y los gerentes o directores de las entidades descentralizadas de todo orden. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*

En particular este artículo 125 superior consagra que el nombramiento de funcionarios en cargos de carrera debe hacerse, salvo excepciones constitucionales o legales, mediante concurso público. Esta disposición constitucional establece, como regla general, el mérito como criterio tanto para el ingreso y el ascenso, como para la permanencia en la carrera, y de dicha disposición normativa igualmente se desprende que la carrera administrativa se desarrolla en tres momentos diferentes: el ingreso, el ascenso y el retiro.

Ahora bien, sobre la creación de sistemas específicos o especiales de carrera administrativa, la Corte Constitucional en Sentencia C-563/00, dijo:

*No se trata entonces de exceptuar a esas entidades del régimen de carrera, sino de diseñar un sistema especial para cada una de ellas, dada su singularidad y especificidad; los regímenes especiales o 'sistemas específicos' como los denominó en legislador en la norma impugnada, son carreras administrativas reguladas por normas propias, que atienden, de una parte la singularidad y especificidad de las funciones que a cada una de ellas corresponde y de otra los principios generales que orientan la carrera administrativa general contenidos en la ley general que rige la materia.*

*Los sistemas específicos de carrera son constitucionales en la medida en que respeten el principio general, esto es que establezcan procedimientos de selección y acceso basados en el mérito personal, las competencias y calificaciones específicas de quienes aspiren a vincularse a dichas entidades, garanticen la estabilidad de sus servidores, determinen de conformidad con la Constitución y la ley las causales de retiro del servicio y contribuyan a la realización de los principios y mandatos de la Carta y de los derechos fundamentales de las personas, a tiempo que hagan de ellos mismos instrumentos ágiles y eficaces para el cumplimiento de sus propias funciones, esto es, para satisfacer, desde la órbita de su competencia, el interés general.*

Es así como, se excluyen de la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, los servidores de los siguientes órganos: Contraloría General de la República; PGN; Rama judicial del poder público; Fiscalía General de la Nación; las Fuerzas Armadas; y, la Policía Nacional, por ser todos ellos de creación constitucional, pero ello no significa que no exista para éstos el principio de la carrera, ni mucho menos, que estén exentos de administración y vigilancia estatal.

En relación con los concursos de méritos, la jurisprudencia constitucional ha señalado que se vulnera el principio de confianza legítima cuando la administración cambia las reglas de juego aplicables a los concursos y sorprende a los aspirantes que se sujetaron de buena fe a ellas. Entre otras, en Sentencia T-256/95, la Corte Constitucional dijo:

*Al señalarse por la administración las bases del concurso, estas se convierten en reglas particulares obligatorias tanto para los participantes como para aquélla; es decir, que a través de dichas reglas la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección. Por consiguiente, cuando la administración se aparta o desconoce las reglas del concurso o rompe la imparcialidad con la cual debe actuar, o manipula los resultados del concurso, falta a la buena fe (art. 83 C.P.), incurre en violación de los principios que rigen la actividad administrativa (igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad), y por contera, puede violar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de quienes participaron en el concurso y resultan lesionados en sus intereses por el proceder irregular de aquélla.*

Igualmente, manteniendo la línea jurisprudencial, esa misma Corporación, en la sentencia SU-913/09 determinó que las reglas señaladas en las convocatorias de los concursos son inmodificables, salvo que sean contrarias a la Constitución o a la ley o vulneren derechos fundamentales de las personas.

En punto a la obligatoriedad de las reglas del sistema de carrera administrativa y del concurso de méritos<sup>2</sup>, la Corte Constitucional ha sido enfática en lo siguiente:

*Como se anunció con antelación, la Corte Constitucional mediante la sentencia SU-446/11<sup>3</sup>, se pronunció acerca del concurso público de méritos*

---

<sup>2</sup> Se retoma lo dicho por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, sentencia de tutela de 7 de diciembre de 2016, radicación 110012204000201602864 00.

<sup>3</sup> Salvamento de voto de los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Humberto Antonio Sierra Porto y aclaración de voto del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

*iniciado por la Fiscalía General de la Nación en el 2007, para proveer una serie de cargos mediante el sistema de carrera administrativa.*

*En ese fallo esta corporación recordó que la carrera administrativa es un principio de raigambre constitucional<sup>4</sup>, contenido en el artículo 125 superior que establece el mérito<sup>5</sup> como el criterio para proveer cargos públicos, el cual se materializa idóneamente mediante el concurso público.*

*La Corte indicó que la convocatoria es la norma reguladora de todo concurso<sup>6</sup> que obliga a la administración, a las entidades contratadas para efectuarlo y a los concursantes; actores que deben respetar y observar todas las reglas y condiciones, al igual que los principios de la función pública<sup>7</sup>, como la transparencia, la publicidad, la imparcialidad y las expectativas legítimas.*

*En la sentencia que se viene reiterando se explicó que las reglas del concurso son invariables, tal como expuso la Corte Constitucional en el fallo SU-913/09, donde se revisaron una serie de expedientes de acciones de tutela interpuestas con ocasión del concurso público de méritos realizado para designar notarios en el país.*

*En la sentencia SU-913/09, tal como se consignó en la SU-446/11, se precisó que las reglas que rigen una convocatoria a concurso público para acceder a un cargo de carrera son intangibles en todas las etapas, salvo que vulneren la Constitución, la ley o derechos fundamentales, pues de lo contrario se desconocería el derecho a la igualdad.*

*En dichos fallos se puntualizó que la convocatoria y la lista de elegibles, una vez en firme, son inmodificables, toda vez que su desconocimiento conllevaría conculcar los principios de raigambre constitucional como la buena fe y la confianza legítima inherentes al concurso, junto con la afectación de los derechos de los asociados en general y de los participantes.*

*En igual sentido, en el fallo SU-446/11 se analizó la naturaleza jurídica de la lista de elegibles, sintetizando que se trata de un acto administrativo de carácter particular que permite la provisión de los cargos convocados. Se explicó que su conformación constituye la fase concluyente del sistema de nombramiento por concurso, pues en esa etapa se erige el estricto orden de mérito de quienes deberán ser designados en las plazas ofertadas.*

*El pleno de esta corporación indicó en el mismo fallo que la lista tiene un carácter temporal, determinado por la vigencia específica fijada, de donde se deriva (i) su obligatoriedad, pues las vacantes convocadas deben ser cubiertas con la lista, durante su vigencia; y (ii) la imposibilidad de que la entidad realice un nuevo concurso en dicho interregno, hasta tanto no se agoten todas las vacantes que fueron inicialmente ofertadas.*

*La Corte señaló también en aquella decisión que una vez conformada la lista, se materializa el principio del mérito al que alude el artículo 125 de la Constitución, como quiera que en ese momento la administración queda compelida a proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes o los*

---

<sup>4</sup> Cfr. C-588/09.

<sup>5</sup> El artículo 2° de la Ley 909 de 2004, por la cual se expidieron normas sobre el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, dice que el mérito, las calidades personales y de la capacidad profesional, son "los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública".

<sup>6</sup> Cfr. sentencias C-1040/07 y C-878/08.

<sup>7</sup> Artículo 2° Ley 909 de 2004.

*ocupados con personas en provisionalidad, siempre que hayan sido ofertados.*

En el caso sub examine, la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a un concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje. Entre los empleos ofertados, dentro de la Convocatoria 436 de 2017- SENA, se encontraba el identificado con código OPEC 59820, denominado Instructor, Código 3030, Grado 1, para el cual se ofertó una vacante ubicada en la Regional atlántico.

OSCAR JAVIER ALFORD MUÑOZ participó en el concurso de méritos para ocupar el cargo identificado con código OPEC 59820; no obstante, al haber ocupado el segundo lugar en la lista de elegibles, no pudo acceder a dicho cargo, pues, fue designada la persona que tenía mejor derecho que él.

Al respecto, la Sala no puede dejar de advertir que la discusión se presenta sobre el procedimiento que regula la conformación del Banco Nacional de Listas de Elegibles y la utilización de las listas de elegibles, puesto que el accionante considera que tienen una expectativa legítima de ser incluido en aquellas que debe conformarse para cubrir los cargos vacantes no convocados o declarados desiertos, bajo la modificación introducida con la Ley 1960 de 2019.

El párrafo del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 648 de 2017<sup>8</sup>, dispone que *“...una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas durante su vigencia, solo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.”*

Conforme la norma transcrita, en principio es claro que, las vacantes que se encuentren como *“no convocadas”* no son susceptibles

---

<sup>8</sup> Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública.

de ser surtidas con las listas de elegibles actuales, por lo cual no le asiste razón a la parte actora al pretender que se conforme la lista de elegibles a nivel departamental y/o nacional de los empleos que no fueron convocados.

Sin embargo, con la Ley 1960 de 2019<sup>9</sup>, el legislador permite la conformación de listas de elegibles a nivel departamental o nacional para ocupar cargos con similitud funcional a los empleos inicialmente provistos. En efecto, el artículo 6.º de la precitada Ley, dice:

*“...Artículo 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:*

*Artículo 31. El proceso de selección comprende:  
(...)*

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

De lo anterior, se concluye que las listas de elegibles cubren las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y aquellas definitivas en cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso.

Al respecto, es de obligada remisión la sentencia T-340 de 2020, mediante la cual se analizó la retrospectividad de la aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, al respecto precisó:

*Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.*

---

<sup>9</sup> Por la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el decreto ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones.

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, es claro que el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, es aplicable, en virtud del efecto retrospectivo de la ley a los concursos de méritos que se encuentran en desarrollo y a aquellos que tienen lista de elegibles vigente, pero cuyas situaciones jurídicas aún no se han concretado en relación con algunos de los participantes, porque no han sido nombrados en período de prueba. En esa medida, las vacantes que se presenten en cargos equivalentes deben ser provistas con

las listas de elegibles vigentes, aun cuando no hayan sido ofrecidos al inicio del concurso.

En el presente asunto, se tiene que actualmente el actor es integrante de la lista de elegibles conformada mediante la resolución 20182120188225 del 24 de diciembre de 2018 (vigente) y el actor no ha sido nombrado en período de prueba, por lo que el derecho aún no se ha consolidado, motivo por el cual, le es aplicable la Ley 1960 de 2019.

Así entonces, bajo ese parámetro jurisprudencial es forzoso concluir que los criterios de unificación emitidos por la CNSC de 16 de enero y de 6 de agosto de 2020, restringen la aplicación de la Ley 1960 de 2019, toda vez que si bien dichos criterios establecen la posibilidad de cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, limita éste último concepto, a aquellos empleos que tengan igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; limitaciones de ubicación geográfica y de temporalidad que no se encuentran contenidas en la Ley 1960 de 2019, pues en criterio de esta Ley, las vacantes no convocadas (no ofrecidas al inicio del concurso) pueden ocuparse a partir de listas de elegibles que se conformen, y se encontraren vigentes antes de la expedición de la ley 1960 de 2019.

En conclusión, para la Sala resulta diáfano que con la negativa de las entidades accionadas de dar aplicación a la Ley 1960 de 2019, se vulneran los derechos al debido proceso, al acceso a los cargos públicos, al trabajo y a la confianza legítima del señor *OSCAR JAVIER ALFORD MUÑOZ*, razón por la cual se ordenará a la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, en el territorio nacional, respecto del empleo relacionado con la OPEC 59820, al cual concursó el accionante.

Cumplido lo anterior y, de ser procedente, en el término de los quince (15) días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC

y al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberán efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 59820, tal como lo dispone la ley 1960 de 2019.

Vencido el término anterior y previo estudio del cumplimiento de los requisitos mínimos, dentro de los cinco (5) días siguientes, el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberá efectuar el nombramiento en período de prueba, de quienes tienen el mejor derecho en los cargos equivalentes vacantes no convocados al cual optaron, respetando en todo caso, el orden de elegibilidad de la lista que se conforme para tal efecto.

En aras de garantizar el cumplimiento de las órdenes dadas, y no sea inocuo el amparo de las garantías fundamentales del actor, se precisa por parte de la Sala, que esta orden tiene validez sobre todas las vacantes identificadas a la fecha de vencimiento de las listas, por lo tanto dado que el término de las listas esta ad portas de dicho suceso, el nombramiento debe realizarse aun después de este evento, es decir, si para el momento de materializar las ordenes atrás emitidas ya han fenecido las listas, aun así, deberá realizarse los nombramientos correspondientes, en los cargos identificados de conformidad con el banco de elegibles que se conforme.

En ese orden de ideas, el fallo de primera instancia será revocado, y en su lugar se ampararán los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a los cargos públicos, al trabajo y a la confianza legítima del ciudadano *OSCAR JAVIER ALFORD MUÑOZ*; y se emitirán las ordenes pertinentes.

En lo que atañe al derecho de petición, considerando que el mismo persigue idéntico objeto, es decir, la conformación del Banco Nacional de Listas de Elegibles y la utilización de las listas de elegibles, la cual fue ordenada en amparo de los derechos al debido proceso, al acceso a los cargos públicos, al trabajo y a la confianza legítima, la Sala considera inocuo emitir orden al respecto, se itera, porque su finalidad última se ampara en la orden ya emitida.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión de Tutela, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

1. REVOCAR el fallo de fecha, naturaleza y origen indicados en cuanto se declaró improcedente la tutela impetrada por el ciudadano *OSCAR JAVIER ALFORD MUÑOZ*. En su lugar, conceder el amparo judicial para los derechos al debido proceso, al acceso a los cargos públicos, al trabajo y a la confianza legítima.

En consecuencia, ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, en el territorio nacional, respecto del empleo relacionado con la OPEC 59820, al cual concursó el accionante.

Cumplido lo anterior y, de ser procedente, en el término de los quince (15) días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC y el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberán efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 59820, tal como lo dispone la ley 1960 de 2019.

Vencido el término anterior y previo estudio del cumplimiento de los requisitos mínimos, dentro de los cinco (5) días siguientes, el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberán efectuar el nombramiento en período de prueba, de quienes tienen el mejor derecho en los cargos vacantes no convocados al cual optaron, respetando en todo caso, el orden de elegibilidad de la lista que se conforme para tal efecto.

En aras de garantizar el cumplimiento de las órdenes dadas, y no hacer inocuo el amparo de las garantías fundamentales del actor, se precisa por parte de la Sala, que esta orden tiene validez sobre todas las

vacantes identificadas a la fecha de vencimiento de las listas; por lo tanto dado que el término de las listas esta *ad portas* de dicho suceso, el nombramiento debe realizarse aun después de este evento, es decir, si para el momento de materializar las ordenes atrás emitidas ya han fenecido las listas, aun así, deberá realizarse los nombramientos correspondientes, en los cargos identificados de conformidad con el banco de elegibles que se conforme.

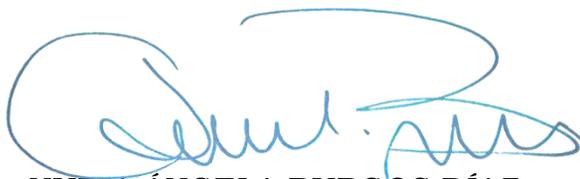
2. ORDENAR que en firme este pronunciamiento se remitan las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

(ausencia justificada)

JOHN JAIRO ORTIZ ALZATE

Magistrado



NUBIA ÁNGELA BURGOS DÍAZ

Magistrada



JOSÉ ANTONIO CRUZ SUÁREZ

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA PENAL

Magistrado Ponente : John Jairo Ortiz Álzate  
Referencia : 110013109056202000146 01 [5.050]  
Accionante : David Londoño González  
Accionado : Comisión Nacional del Servicio Civil. Otra  
Decisión : Revoca. Tutela

Aprobado en acta No. 0143

Bogotá, D.C., diciembre cuatro (04) de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

La Sala decide la impugnación interpuesta contra la sentencia del 29 de octubre de 2020, por medio de la cual el Juzgado 56 Penal del Circuito, negó la tutela promovida por *DAVID LONDOÑO GONZÁLEZ*, en protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, trabajo, buena fe, debido proceso y acceso a cargos públicos; y amparó el derecho de petición respecto del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA.

LA SOLICITUD

El ciudadano *DAVID LONDOÑO GONZÁLEZ* reseña que se inscribió para el empleo identificado en la Oferta Pública de Empleos No. 60479, denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1, en el concurso

de méritos que tuvo lugar a partir de la Convocatoria 436 de 2017, promovida por la Comisión Nacional de Servicio Civil. Señala que para dicho empleo ocupó el 3 lugar, por lo que considera tiene derechos adquiridos sobre la consolidación de los resultados de todas las pruebas efectuadas, y sobre cuya base se debieron proveer los cargos en el *mismo empleo, en empleos equivalentes o de inferior jerarquía*, ubicados dentro del mismo nivel por solicitud de la entidad en este caso, EL SENA, dando aplicación a la Ley 1960 de 2019, esto además por cuanto la CNSC, declaró desiertos varios cargos con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1, los cuales presentan similitud funcional, con el cargo que se postuló.

Por tanto, explica que, la CNSC expide la resolución de lista de elegibles No. 20182120195175 del 24 de diciembre de 2018, con firmeza a partir del día desde el día 04 de marzo de 2019, para proveer una (01) vacante de la OPEC No 60479, con la denominación de INSTRUCTOR grado 1, donde ocupó el lugar número TERCERO de elegibilidad con 76.82 puntos definitivos.

De igual manera, señala que la CNSC tiene la obligación de conformar, organizar, manejar el Banco Nacional de Lista de elegibles para proveer los cargos declarados desiertos y los cargos temporales que tengan vacancias definitivas o que se creen posterior a la firmeza de las listas de elegibles vigentes, razón por la cual se expiden el Acuerdo 562 de 2016 de conformidad con la Ley 909 de 2004.

Posteriormente, el 27 de junio de 2019 se expide la Ley 1960 por la cual se modifica la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones, en la cual se establece en el artículo 6 numeral 4 que: *“4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad”*

Lo anterior, alude, permite el uso de lista de elegibles con cargos no ofertados tal como lo confirma la Comisión accionada en auto de enero del año en curso, por ello, el SENA reportó a la CNSC, unos cargos no ofertados para que se haga el uso de lista de elegibles; sin embargo, este proceso no se ha adelantado ya que siguen existiendo solicitudes de exclusión sin resolver.

Advierte de igual forma, que el 16 de enero de 2020 la CNSC expide el criterio unificado "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019" donde se deja la claridad y la obligatoriedad de hacer el uso de lista de elegibles con los cargos no ofertados posteriores a la entrada en vigencia de la mencionada Ley 1960 de junio de 2019.

Afirma que, pese a que su lista de elegibles vence el 03 de marzo de 2021, aun no se le ha dado la posibilidad de hacer uso vulnerando sus derechos fundamentales, al encontrarse como elegible para un cargo con la Denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1, le da derecho a que se le nombre en un cargo similar al que se presentó; más aún por cuanto varios de los cargos ofertados y no ofertados en las convocatorias de 2008, NO fueron provistas por parte de la CNSC y EL SENA, tratándose de un deber legal y no de una potestad por parte de las mencionadas entidades, sin que por parte de las accionadas le hayan realizado ofrecimiento de nombramiento en periodo de prueba en aplicación de la Ley 909 de 2004 y 1960 de 2019.

Del mismo modo, refiere que el 16 de agosto del cursante presentó derechos de petición ante la CNSC y el SENA, solicitando mi nombramiento en un cargo no ofertado con la Denominación Instructor de los cargos no ofertados y desiertos, con similitud funcional con el que se presentó en la convocatoria 436 de 2017; echando de menos una respuesta efectiva por parte de la última entidad referida.

Para sustento de lo expuesto, cita sendas jurisprudencias emitidas en sede de tutela proferidas por diferentes autoridades judiciales; y

además, referencia la sentencia T- 340 de 2020 de la Corte Constitucional.

Pretende que, en amparo de sus derechos fundamentales dignidad humana, garantía y efectividad de la protección de los derechos por parte del estado, igualdad, derecho de petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas vía merito, *así como a los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica*, se ordene de manera inmediata a la CNSC y al SENA realizar el nombramiento en periodo de prueba y su posesión para un empleo bien sea que haya sido ofertado o no ofertado con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1. De forma adicional, se ordene a la CNSC, VERIFICAR una a una toda la planta de personal del SENA, para identificar todos los cargos con la denominación INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1 con los núcleos básicos de conocimiento contemplados en la OPEC No 60479 a la cual se presentó dentro de la Convocatoria 436 de 2017.

Finalmente, el 20 de octubre, presentó escrito adicional reportando hechos nuevos sobre el uso de la lista de elegibles con cargos no ofertados, teniendo en cuenta que el veintidós (22) de septiembre de dos mil veinte (2020), la CNSC emite un nuevo criterio unificado, permitiendo el uso de lista de elegibles con empleos equivalentes de acuerdo a la Ley 909 de 2004, Ley 1960 de 2019 y Decreto 815 de 2018, incorporando nueva sentencias de tutela, en las cuales, se protegen los derechos de los accionantes en el en el marco de la Convocatoria No. 436 de 2017.

#### SENTENCIA IMPUGNADA

La a quo discurrió sobre los requisitos básicos de procedencia de la acción de tutela, subsiguientemente reseñó lo concerniente a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos; la igualdad, la equidad y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa; los derechos constitucionales fundamentales de quienes

ocupan los primeros puestos en los concursos de méritos desarrollados por las entidades estatales.

Como primera medida determinó la inexistencia de la temeridad alegada por las accionadas, al respecto indicó que, *aunque existe similitud respecto del accionante y las entidades demandadas relacionadas en el escrito introductorio allegado al JUZGADO VEINTE (20) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN (ANTIOQUIA) y a este Estrado Judicial, la relación fáctica y pretensiones son completamente distintas, pues, aunque versan sobre la Convocatoria Nro. 436 de 2017, ante el Juzgado Administrativo se busca que ordene a las entidades demandadas la realización de una audiencia pública por áreas temáticas, para la selección del empleo entre todas las vacantes temporales, de acuerdo al orden de mérito establecido en la respectiva lista de elegibles, lo cual no tiene semejanza con las pretensiones contenidas en el escrito genitor asignado a esta Judicatura.*

Con posterioridad, describió los fundamentos fácticos del amparo impetrado por LONDOÑO GONZÁLEZ, explicó que la Ley 1960 de 2019, se aplica únicamente para aquellos procesos que iniciaron con posterioridad a la entrada en vigencia de esta norma, es decir, para aquellos procesos que iniciaron con anterioridad, las listas de elegibles se utilizarán para proveer los empleos que integraron la OPEC de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos (*entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes*), pues, cuando el tutelista decidió participar en el concurso de méritos controvertido, aceptó las reglas, procedimientos y condiciones fijados en el Acuerdo Nro. 20171000000116 del 24 de julio de 2017.

En el caso concreto, adujo, que el querulante se inscribió para el empleo identificado con el código OPEC No, 60479, ocupando el tercer lugar en la lista de elegibles, el primer lugar fue nombrado en el único ofertado bajo dicho código; razón por la cual es necesario precisar que, de accederse a las pretensiones del interesado, ordenando a las demandadas

nombrarlo y posesionarlo en periodo de prueba para un empleo que haya sido ofertado o no, con la denominación *INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1*, desconocería las estrictas reglas del concurso, señaladas y determinadas en el Acuerdo Nro. 20171000000116, a la par que se vulnerarían los derechos adquiridos de las demás personas que participaron en la misma Convocatoria bajo el OPEC relacionado, pues, aún existe una persona que ostenta mejor posición que el accionante, dentro de las cuales varias personas también se debieron haber postulado desde el momento en que se hizo público el concurso de méritos, como quiera que las pautas del concurso son inmodificables y, en consecuencia, a las entidades no le es dado variarlas en ninguna fase del proceso, por cuanto se afectarían principios básicos, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular, razón por la cual se negará la solicitud hecha por el señor DAVID LONDOÑO GONZÁLEZ.

Además, afirmó que si su inconformidad subsiste cuenta con otro medio intrasistemático de resolución, es decir, la Jurisdicción Contencioso Administrativa, invocando para su beneficio el medio de control de nulidad o nulidad y restablecimiento de derecho, por cuanto el actor no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable.

Por lo anterior, negó la protección de las garantías constitucionales a la igualdad, trabajo, buena fe, debido proceso y acceso a cargos públicos invocadas por el señor LONDOÑO GONZÁLEZ.

De otra parte, tuteló el derecho de petición vulnerado por el SENA, ordenando *al señor CARLOS MARIO ESTRADA MOLINA, DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA), que dentro de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del presente fallo – si ya no lo hubiere hecho –, resuelva de fondo, de manera clara, precisa y congruente, las solicitudes contenidas en los numerales dos y tres (2 y 3) presentada por el señor DAVID LONDOÑO GONZÁLEZ el dieciséis (16) de agosto de dos mil veinte (2020), información que debe direccionar a la Calle 47 B N° 91 B- 10 (Medellín-Antioquia) o al correo electrónico vidilongo@gmail.com.*

## LA IMPUGNACIÓN

El accionante adujo que el fallo de primera instancia carece de las condiciones necesarias a la sentencia proporcionada, teniendo en cuenta que, *se declaró mi acción de tutela prácticamente IMPROCEDENTE*, sin tener en cuenta los pronunciamientos de las altas cortes donde se ha dejado en claro de la procedencia de la acción de tutela en cualquier etapa de un concurso de méritos, como lo es en este caso.

En ese sentido, señaló que la CNSC cambio el criterio unificado el pasado 22 de septiembre de 2020 donde después de que la entidad analizo el uso de lista de elegibles aprobó su uso con empleos equivalentes; sin embargo, en su caso el SENA Y la CNSC pretenden aplacarlo solamente respecto del mismo empleo yendo en contravía del debido proceso administrativo. Así mismo asevera, que el juez de primera instancia, tampoco tuvo en cuenta la sentencia T 340 de la Honorable Corte Constitucional yendo en contra del precedente judicial.

De forma adicional, hizo alusión a los múltiples pronunciamientos emitidos en sede de tutela, respecto de situaciones análogas, esto es la aplicación de la Ley 1960 de 2019.

En sustento de sus argumentos, citó de forma extensa múltiples pronunciamientos emitidos en sede de tutela, respecto de situaciones análogas, esto es la aplicación de la Ley 1960 de 2019.

Con todo, solicitó que se revocara el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia para que se amparen los derechos fundamentales que considera transgredidos.

## CONSIDERACIONES

### 1. Competencia.

Al tenor del artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, modificado por el Decreto 1382 de

2000, ratificado en el Decreto 1069 de 2015, este último modificado por el Decreto 1983 de 2017, normas que rigen el reparto de las acciones de tutela, el a quo podía tramitar y decidir la solicitud del demandante *LONDOÑO GONZÁLEZ*.

Atendida la naturaleza jurídica de la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad pública del orden nacional de acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 130 de la Carta Política, en armonía con el artículo 7o de la Ley 909 de 2004.

En este orden de ideas, en virtud del factor contemplado en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, ningún reparo suscita la competencia de esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación. Ello, pues al tenor del artículo 168 de la Ley 1098 de 2006, tiene la condición de superior en el ámbito referido del funcionario de primera instancia.

## 2. Análisis del caso concreto.

De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política antes citado, la tutela constituye un mecanismo residual que permite la intervención inmediata del juez constitucional en aras de proteger los derechos fundamentales ante su vulneración o amenaza por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, tratándose de estos últimos en los casos previstos en la norma en referencia. Esa acción pública está caracterizada además, de acuerdo con las previsiones del artículo 3 del Decreto 2591 de 1991, por los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia.

Así las cosas, para determinar la prosperidad de la tutela presentada por la accionante y, consecuentemente, de la impugnación presentada contra el fallo de primera instancia, resulta necesario verificar la existencia o no de una situación de menoscabo o riesgo para los derechos de tal rango. De igual modo, la carencia del medio ordinario de defensa judicial, a menos, desde luego, que el mismo sea ineficaz, o resulte viable el amparo con carácter de mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; en

fin, en las hipótesis excepcionales contempladas en el artículo 6, numeral 1, ibídem.

En desarrollo de dicho cometido, sea lo primero indicar, que *LONDOÑO GONZÁLEZ* pretende la protección para sus derechos fundamentales al trabajo, al acceso a cargos públicos, a la igualdad, al debido proceso y petición, cuyo rango fundamental de manera alguna se discute de conformidad con los artículos 11, 13, 23, 25 y 29 de la Carta Política.

También, que atribuye su vulneración, a la CNSC y al SENA. Ello, por cuanto aduce que luego de participar en el concurso de méritos Convocatoria 436 de 2017 por la Comisión Nacional de Servicio Civil, logró obtener el puesto 3 en el cargo INSTRUCTOR CODIGO 3010 GRADO 1 y pese a que varios de los cargos ofertados y no ofertados en la convocatoria en mención aún no han sido provistas, no se le ha dado la posibilidad de hacer uso de Lista de Elegibles en la que se encuentra. En ese sentido, arguye que, de acuerdo a la Ley 906 de 2004, el acuerdo 562 de 2016 y la Ley 1960 de 2019, les corresponde a las entidades accionadas hacer uso de dicha lista de elegibles con cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso.

Como primera medida, debe precisar la Sala, sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos dentro de un concurso de méritos; con fundamento en las características de residualidad y subsidiariedad que reviste la acción de tutela, han sido reiterados los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los cuales ha precisado que esta acción es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos en el marco de una convocatoria o concurso de méritos, ya que para debatir la legalidad de aquéllos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda la

suspensión provisional del acto como medida cautelar. Bajo esa premisa, la Corte ha precisado lo siguiente<sup>1</sup>:

*En ese sentido, la Corte ha indicado que la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Lo anterior se debe a que dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, quien pretenda controvertir el contenido de un acto administrativo, debe acudir a las acciones que para tales fines existe en la jurisdicción contencioso administrativa.*

Sin embargo, lo anterior no obsta para que, en casos excepcionales, cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, el juez pueda conceder la protección transitoria, mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto. De manera que para admitir la procedencia de la acción de tutela deben observarse las siguientes reglas:

*(i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y,*

*(ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.*

Esa postura fue reafirmada por la misma Corporación en sentencia SU-553/15, donde la Corte abordó el estudio de un asunto similar al aquí planteado y fijó un derrotero sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela frente a los actos administrativos en materia de concurso de méritos, que busca evitar un perjuicio irremediable por cuanto la lista de elegibles pierde vigencia:

*La jurisprudencia constitucional ha determinado que existen casos excepcionales en los que no opera la regla general de improcedencia de la acción de tutela contra este tipo de actos administrativos. El primer supuesto, es cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor; y el segundo, cuando el accionante ejerce la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable. De ahí que, en ciertos casos, cuando la acción de tutela se interpone contra actos administrativos relacionados con concursos de méritos, el perjuicio irremediable que se pretendería evitar son las consecuencias negativas que se derivan de la pérdida de vigencia*

---

<sup>1</sup> Sentencia T-045/11. También pueden consultarse: sentencias T-100/94, 046/95, 455/96, 256/95, 315/98, 1198/01, 599/02, 600/02 y 654/11.

*de la lista de elegibles, las cuales no se podrían impedir si exige al tutelante el previo agotamiento de los medios de control dispuestos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo para reclamar la protección de su derecho, por la extensa duración de su trámite.*

De igual forma, en este pronunciamiento la Corte precisó que las controversias que sobre la protección de derechos fundamentales se susciten dentro de un concurso de méritos, por el corto plazo del mismo exigen soluciones prontas, eficientes y eficaces, que en la mayoría de los casos únicamente se logran a través de la jurisdicción constitucional por vía de tutela.

Como las prenotadas circunstancias son evidentes en el presente asunto, si se superan otros niveles de análisis, procederá el amparo constitucional petitionado.

En segundo lugar, esta Corporación concreta lo atinente al derecho fundamental al debido proceso administrativo en los concursos de méritos, esto es la convocatoria como ley del concurso; el artículo 125 de la Carta Política, concerniente a la carrera administrativa y los concursos de méritos, establece lo siguiente:

*ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Todos los servidores públicos serán designados por concurso público de méritos, salvo aquellos respecto de quienes la Constitución o la ley establezcan un mecanismo de designación especial. De esta disposición quedan exceptuados los ministros, los viceministros, los jefes de departamento administrativo, los secretarios de despachos departamentales y municipales y los gerentes o directores de las entidades descentralizadas de todo orden.*

*El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*

En particular este artículo 125 superior consagra que el nombramiento de funcionarios en cargos de carrera debe hacerse, salvo excepciones constitucionales o legales, mediante concurso público. Esta disposición constitucional establece, como regla general, el mérito como criterio tanto para el ingreso y el ascenso, como para la permanencia en la carrera, y de dicha disposición normativa igualmente se desprende que

la carrera administrativa se desarrolla en tres momentos diferentes: el ingreso, el ascenso y el retiro.

Ahora bien, sobre la creación de sistemas específicos o especiales de carrera administrativa, la Corte Constitucional en Sentencia C-563/00, dijo:

*No se trata entonces de exceptuar a esas entidades del régimen de carrera, sino de diseñar un sistema especial para cada una de ellas, dada su singularidad y especificidad; los regímenes especiales o ‘sistemas específicos’ como los denominó en legislador en la norma impugnada, son carreras administrativas reguladas por normas propias, que atienden, de una parte la singularidad y especificidad de las funciones que a cada una de ellas corresponde y de otra los principios generales que orientan la carrera administrativa general contenidos en la ley general que rige la materia.*

*Los sistemas específicos de carrera son constitucionales en la medida en que respeten el principio general, esto es que establezcan procedimientos de selección y acceso basados en el mérito personal, las competencias y calificaciones específicas de quienes aspiren a vincularse a dichas entidades, garanticen la estabilidad de sus servidores, determinen de conformidad con la Constitución y la ley las causales de retiro del servicio y contribuyan a la realización de los principios y mandatos de la Carta y de los derechos fundamentales de las personas, a tiempo que hagan de ellos mismos instrumentos ágiles y eficaces para el cumplimiento de sus propias funciones, esto es, para satisfacer, desde la órbita de su competencia, el interés general.*

Es así como, se excluyen de la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, los servidores de los siguientes órganos: Contraloría General de la República; PGN; Rama judicial del poder público; Fiscalía General de la Nación; las Fuerzas Armadas; y, la Policía Nacional, por ser todos ellos de creación constitucional, pero ello no significa que no exista para éstos el principio de la carrera, ni mucho menos, que estén exentos de administración y vigilancia estatal.

En relación con los concursos de méritos, la jurisprudencia constitucional ha señalado que se vulnera el principio de confianza legítima cuando la administración cambia las reglas de juego aplicables a los concursos y sorprende a los aspirantes que se sujetaron de buena fe a ellas. Entre otras, en Sentencia T-256/95, la Corte Constitucional dijo:

*Al señalarse por la administración las bases del concurso, estas se convierten en reglas particulares obligatorias tanto para los participantes como para aquélla; es decir, que a través de dichas reglas la administración*

*se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección. Por consiguiente, cuando la administración se aparta o desconoce las reglas del concurso o rompe la imparcialidad con la cual debe actuar, o manipula los resultados del concurso, falta a la buena fe (art. 83 C.P.), incurre en violación de los principios que rigen la actividad administrativa (igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad), y por contera, puede violar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de quienes participaron en el concurso y resultan lesionados en sus intereses por el proceder irregular de aquélla.*

Igualmente, manteniendo la línea jurisprudencial, esa misma Corporación, en la sentencia SU-913/09 determinó que las reglas señaladas en las convocatorias de los concursos son inmodificables, salvo que sean contrarias a la Constitución o a la ley o vulneren derechos fundamentales de las personas.

En punto a la obligatoriedad de las reglas del sistema de carrera administrativa y del concurso de méritos<sup>2</sup>, la Corte Constitucional ha sido enfática en lo siguiente:

*Como se anunció con antelación, la Corte Constitucional mediante la sentencia SU-446/11<sup>3</sup>, se pronunció acerca del concurso público de méritos iniciado por la Fiscalía General de la Nación en el 2007, para proveer una serie de cargos mediante el sistema de carrera administrativa.*

*En ese fallo esta corporación recordó que la carrera administrativa es un principio de raigambre constitucional<sup>4</sup>, contenido en el artículo 125 superior que establece el mérito<sup>5</sup> como el criterio para proveer cargos públicos, el cual se materializa idóneamente mediante el concurso público.*

*La Corte indicó que la convocatoria es la norma reguladora de todo concurso<sup>6</sup> que obliga a la administración, a las entidades contratadas para efectuarlo y a los concursantes; actores que deben respetar y observar todas las reglas y condiciones, al igual que los principios de la función pública<sup>7</sup>, como la transparencia, la publicidad, la imparcialidad y las expectativas legítimas.*

*En la sentencia que se viene reiterando se explicó que las reglas del concurso son invariables, tal como expuso la Corte Constitucional en el fallo SU-913/09, donde se revisaron una serie de expedientes de acciones de*

---

<sup>2</sup> Se retoma lo dicho por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, sentencia de tutela de 7 de diciembre de 2016, radicación 110012204000201602864 00.

<sup>3</sup> Salvamento de voto de los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Humberto Antonio Sierra Porto y aclaración de voto del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>4</sup> Cfr. C-588/09.

<sup>5</sup> El artículo 2° de la Ley 909 de 2004, por la cual se expidieron normas sobre el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, dice que el mérito, las calidades personales y de la capacidad profesional, son "los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública".

<sup>6</sup> Cfr. sentencias C-1040/07 y C-878/08.

<sup>7</sup> Artículo 2° Ley 909 de 2004.

*tutela interpuestas con ocasión del concurso público de méritos realizado para designar notarios en el país.*

*En la sentencia SU-913/09, tal como se consignó en la SU-446/11, se precisó que las reglas que rigen una convocatoria a concurso público para acceder a un cargo de carrera son intangibles en todas las etapas, salvo que vulneren la Constitución, la ley o derechos fundamentales, pues de lo contrario se desconocería el derecho a la igualdad.*

*En dichos fallos se puntualizó que la convocatoria y la lista de elegibles, una vez en firme, son inmodificables, toda vez que su desconocimiento conllevaría conculcar los principios de raigambre constitucional como la buena fe y la confianza legítima inherentes al concurso, junto con la afectación de los derechos de los asociados en general y de los participantes.*

*En igual sentido, en el fallo SU-446/11 se analizó la naturaleza jurídica de la lista de elegibles, sintetizando que se trata de un acto administrativo de carácter particular que permite la provisión de los cargos convocados. Se explicó que su conformación constituye la fase concluyente del sistema de nombramiento por concurso, pues en esa etapa se erige el estricto orden de mérito de quienes deberán ser designados en las plazas ofertadas.*

*El pleno de esta corporación indicó en el mismo fallo que la lista tiene un carácter temporal, determinado por la vigencia específica fijada, de donde se deriva (i) su obligatoriedad, pues las vacantes convocadas deben ser cubiertas con la lista, durante su vigencia; y (ii) la imposibilidad de que la entidad realice un nuevo concurso en dicho interregno, hasta tanto no se agoten todas las vacantes que fueron inicialmente ofertadas.*

*La Corte señaló también en aquella decisión que una vez conformada la lista, se materializa el principio del mérito al que alude el artículo 125 de la Constitución, como quiera que en ese momento la administración queda compelida a proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes o los ocupados con personas en provisionalidad, siempre que hayan sido ofertados.*

En el caso sub examine, la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a un concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje. Entre los empleos ofertados, dentro de la Convocatoria 436 de 2017- SENA, se encontraba el identificado con código OPEC 60479, denominado Instructor, Código 3030, Grado 1, para el cual se ofertó una vacante ubicada en el municipio de Medellín.

DAVID LONDOÑO GONZÁLEZ participó en el concurso de méritos para ocupar el cargo identificado con código OPEC 60479; no obstante, al haber ocupado el tercer lugar en la lista de elegibles, no pudo acceder a dicho cargo, pues, fue designada la persona que tenía mejor derecho que él.

Al respecto, la Sala no puede dejar de advertir que la discusión se presenta sobre el procedimiento que regula la conformación del Banco Nacional de Listas de Elegibles y la utilización de las listas de elegibles, puesto que el accionante considera que tienen una expectativa legítima de ser incluido en aquellas que debe conformarse para cubrir los cargos vacantes no convocados o declarados desiertos, bajo la modificación introducida con la Ley 1960 de 2019.

El párrafo del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 648 de 2017<sup>8</sup>, dispone que “...una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas durante su vigencia, solo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.”

Conforme la norma transcrita, en principio es claro que, las vacantes que se encuentren como “no convocadas” no son susceptibles de ser surtidas con las listas de elegibles actuales, por lo cual no le asiste razón a la parte actora al pretender que se conforme la lista de elegibles a nivel departamental y/o nacional de los empleos que no fueron convocados.

Sin embargo, con la Ley 1960 de 2019<sup>9</sup>, el legislador permite la conformación de listas de elegibles a nivel departamental o nacional para ocupar cargos con similitud funcional a los empleos inicialmente provistos. En efecto, el artículo 6.º de la precitada Ley, dice:

*“...Artículo 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:*

*Artículo 31. El proceso de selección comprende:*

*(...)*

*4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto*

---

<sup>8</sup> Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública.

<sup>9</sup> Por la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el decreto ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones.

orden de mérito la lista de elegibles que tendrán una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad...” (Subraya del Despacho)

De lo anterior, se concluye que las listas de elegibles cubren las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y aquellas definitivas en cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso.

Al respecto, es de obligada remisión la sentencia T-340 de 2020, mediante la cual se analizó la retrospectividad de la aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, al respecto precisó:

Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.

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

Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, **por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley. Lo anterior**

**no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso.**

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

Bajo las anteriores consideraciones, es claro que el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, es aplicable, en virtud del efecto retrospectivo de la ley a los concursos de méritos que se encuentran en desarrollo y a aquellos que tienen lista de elegibles vigente, pero cuyas situaciones jurídicas aún no se han concretado en relación con algunos de los participantes, porque no han sido nombrados en período de prueba. En esa medida, las vacantes que se presenten en cargos equivalentes deben ser provistas con las listas de elegibles vigentes, aun cuando no hayan sido ofrecidos al inicio del concurso.

En el presente asunto, se tiene que actualmente el actor es integrante de la lista de elegibles conformada mediante la resolución 20182120195175 del 24 de diciembre de 2018 (vigente) y el actor no ha sido nombrado en período de prueba, por lo que el derecho aún no se ha consolidado, motivo por el cual, le es aplicable la Ley 1960 de 2019.

Así entonces, bajo ese parámetro jurisprudencial es forzoso concluir que los criterios de unificación emitidos por la CNSC de 16 de enero y de 6 de agosto de 2020, restringen la aplicación de la Ley 1960 de 2019, toda vez que si bien dichos criterios establecen la posibilidad de cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, limita éste último concepto, a aquellos empleos que

tengan igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; limitaciones de ubicación geográfica y de temporalidad que no se encuentran contenidas en la Ley 1960 de 2019, pues en criterio de esta Ley, las vacantes no convocadas (no ofrecidas al inicio del concurso) pueden ocuparse a partir de listas de elegibles que se conformen, y se encontraren vigentes antes de la expedición de la ley 1960 de 2019.

En conclusión, para la Sala resulta diáfano que con la negativa de las entidades accionadas de dar aplicación a la Ley 1960 de 2019, se vulneran los derechos al debido proceso, al acceso a los cargos públicos, al trabajo y a la confianza legítima del señor *DAVID LONDOÑO GONZÁLEZ*, razón por la cual se ordenará a la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, en el territorio nacional, respecto del empleo relacionado con la OPEC 60479, al cual concursó el accionante.

Cumplido lo anterior y, de ser procedente, en el término de los quince (15) días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberán efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 60479, tal como lo dispone la ley 1960 de 2019.

Vencido el término anterior y previo estudio del cumplimiento de los requisitos mínimos, dentro de los cinco (5) días siguientes, el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberá efectuar el nombramiento en período de prueba, de quienes tienen el mejor derecho en los cargos equivalentes vacantes no convocados al cual optaron, respetando en todo caso, el orden de elegibilidad de la lista que se conforme para tal efecto.

En ese orden de ideas, el fallo de primera instancia será revocado parcialmente, esto es, el numeral 4, y en su lugar se ampararán los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a los cargos

públicos, al trabajo y a la confianza legítima del ciudadano *DAVID LONDOÑO GONZÁLEZ*; y se emitirán las ordenes pertinentes.

En lo restante se confirmará el fallo confutado.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión de Tutela, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### RESUELVE

1. REVOCAR parcialmente el fallo de fecha, naturaleza y origen indicados en cuanto se negó la tutela impetrada por el ciudadano *DAVID LONDOÑO GONZÁLEZ*. En su lugar, conceder el amparo judicial para los derechos al debido proceso, al acceso a los cargos públicos, al trabajo y a la confianza legítima.

En consecuencia, ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC y al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA que, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencia de los empleos vacantes no convocados, en el territorio nacional, respecto del empleo relacionado con la OPEC 60479, al cual concursó el accionante.

Cumplido lo anterior y, de ser procedente, en el término de los quince (15) días siguientes, la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC y el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberán efectuar la consolidación de una lista de elegibles para ocupar los empleos vacantes no convocados que tengan equivalencia con los empleos relacionados con la OPEC 60479, tal como lo dispone la ley 1960 de 2019.

Vencido el término anterior y previo estudio del cumplimiento de los requisitos mínimos, dentro de los cinco (5) días siguientes, el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA deberán efectuar el nombramiento en período de prueba, de quienes tienen el mejor derecho en los cargos

vacantes no convocados al cual optaron, respetando en todo caso, el orden de elegibilidad de la lista que se conforme para tal efecto.

2. CONFIRMAR en los demás aspectos el fallo de primera instancia.

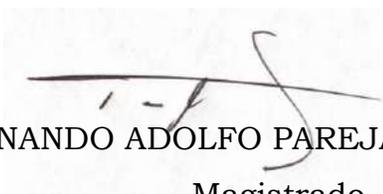
3. ORDENAR que en firme este pronunciamiento se remitan las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,



JOHN JAIRO ORTIZ ÁLZATE

Magistrado



FERNANDO ADOLFO PAREJA REINEMER

Magistrado



MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ

Magistrada

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## RAMA JUDICIAL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA PENAL

**Magistrado Ponente  
LEONEL ROGELES MORENO**

Bogotá, D.C., Once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

<b>Radicado:</b>	<b>11001-31-09-018-2020-00143</b>
<b>Referencia:</b>	<b>Acción Tutela Segunda Instancia</b>
<b>Accionante:</b>	<b>Henry Franco Londoño</b>
<b>Accionado:</b>	<b>Comisión Nacional del Servicio Civil y otro</b>
<b>Derecho:</b>	<b>Debido proceso y otros</b>
<b>Decisión:</b>	<b>Confirma</b>
<b>Aprobado Acta N°</b>	<b>143 del 11 de diciembre de 2020</b>

### ASUNTO

El tribunal resuelve la impugnación interpuesta por los representantes de la Comisión Nacional del Servicio Civil y del Servicio Nacional de Aprendizaje –en adelante C.N.S.C. y S.E.N.A. respectivamente-, contra el fallo proferido el 16 de octubre de 2020, mediante el cual el Juzgado 18 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá concedió el amparo invocado por Henry Franco Londoño.

## DEMANDA

El accionante manifestó que participó en la Convocatoria N° 436 de 2017 que adelantó la C.N.S.C.<sup>1</sup> para proveer los empleos vacantes del S.E.N.A., en la cual ocupó el segundo lugar de elegibilidad para el cargo de instructor grado 1, con número de Oferta Pública de Empleos de Carrera -O.P.E.C.- 58.752<sup>2</sup>.

Aseveró que se le vulneraron los derechos a la dignidad, igualdad, petición, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones públicas; así como los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica, porque no ha sido nombrado en alguno de los empleos que se declararon desierto o equivalentes al que se postuló.

Solicitó dar aplicación al artículo 6° de la Ley 1960 de 2019<sup>3</sup>, el que establece que las listas de elegibles no solo cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso, sino, además, las de los *“cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria...”*.

Sin embargo, pidió prescindir del Criterio Unificado expedido por la C.N.S.C el 16 enero de 2020<sup>4</sup>, en el que se determinó que en los procesos de selección convocados con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida norma, deberán usarse esas listas de elegibles para proveer las vacantes de los empleos que integraron la O.P.E.C. de la respectiva convocatoria *“y para cubrir nuevas vacantes que se*

---

<sup>1</sup> Para lo cual expidió el acuerdo N° 20171000000116 del 24 de julio de 2017.

<sup>2</sup> Según consulta del O.P.E.C. de la página web de la C.N.C.S corresponde a *“nivel instructor; Denominación: Instructor; Grado 1; Código: 3010; Asignación Salarial: \$2.517.479; (...) Vacantes: Dependencia Risaralda Centro de Comercio y Servicios. Municipio Risaralda-Pereira. Cantidad: 1”*

<sup>3</sup> Que modificó el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

<sup>4</sup> Para lo cual también solicitó ordenar a la C.N.S.V verificar la planta de personal del S.E.N.A para identificar los cargos con esa denominación.

generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos” entendiéndose, aquellos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de O.P.E.C”.

Añadió que ninguna de las accionadas le había dado una respuesta de fondo a su requerimiento.

En posterior escrito, indicó que la comisión emitió un nuevo Criterio Unificado del 22 de septiembre, en el que aprobó el uso de esas listas de elegibles con empleos equivalentes<sup>5</sup> -que es lo que él pretende-, pero advirtió que en las respuestas que recibió de las entidades accionadas, éste no se tuvo en cuenta.

## **ACTUACIÓN**

El Juzgado 18 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, el 2 de octubre de 2020, avocó la acción en contra de la C.N.S.C. y el S.E.N.A. También, ordenó la vinculación de los ciudadanos que hacen parte de la lista de elegibles N° 20182120189335 del 24 de diciembre de 2018 para proveer la vacante con OPEC N° 58.752 de la Convocatoria 436 de 2017<sup>6</sup>.

El asesor jurídico de la C.N.S.C. afirmó que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para cuestionar la legalidad de los actos

---

<sup>5</sup> Según ese acto administrativo se entiende por empleo equivalente “aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan grado salarial igual, posean el mismo requisito de experiencia, sean iguales o similares en cuanto al propósito principal o funciones, requisitos de estudios y competencias comportamentales y mismo grupo de referencia de los empleos de las listas de elegibles”

<sup>6</sup> Así mismo ordenó a la C.N.S.C la publicación de ese auto en la página web de esa convocatoria y en el Sistema de Apoyo para la Igualdad, Mérito y Oportunidad –S.I.M.O.–

administrativos, porque el actor cuenta con otros mecanismos de defensa judicial para ello, salvo que se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Informó que el accionante ocupó la posición N° 2 en la Convocatoria 436 de 2017 para el empleo de instructor grado 1 con O.P.E.C. N° 58.752, que proveía una vacante y que, en esas condiciones, el derecho al nombramiento fue del aspirante que ocupó la primera posición en la lista de elegibles.

Indicó que no tiene competencia para realizar nombramientos, posesiones, ni en la administración de la planta de personal, lo cual corresponde a los representantes legales o delegados de las entidades<sup>7</sup>.

Expuso que las citadas tienen el deber de informar a esa comisión sobre las novedades que se presenten con los nombramientos, posesiones, calificaciones en el periodo de prueba, renunciaciones y demás situaciones que puedan afectar la conformación y uso de las listas, para lo cual cuentan con un día hábil contado a partir de la novedad<sup>8</sup>.

Señaló que, con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, su representada profirió el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 en el cual señaló que las listas de elegibles conformadas por la C.N.S.C y aquellas expedidas en el marco de procesos de selección – aprobadas con anterioridad al 27 de junio de 2019- deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la O.P.E.C. de la respectiva convocatoria y para cubrir

---

<sup>7</sup> Sobre el particular citó el artículo 2.2.5.1.1 Decreto 1083 de 2015.

<sup>8</sup> Acuerdo 562 de 2016 artículo 33.

nuevas que se generen con posterioridad y que correspondan a los “*mismos empleos*”.

Se refirió a los vocablos “*mismos empleos*” como aquellos con “*igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, requisitos de estudio y experiencia, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes*” por lo cual se emitió la Circular Externa N° 0001 de 2020 en la que se fijó los parámetros para reportar esas vacantes.

Indicó que los elementos del perfil de cada empleo, deben ser coherentes con las exigencias funcionales por lo que, en ese contexto, el sentido de la frase “*mismo empleo*” corresponde a uno “*exactamente igual*”.

Citó el fallo de tutela N° 2019-00053-02, proferido por la Sala de Familia de este Tribunal, que en el marco de esta convocatoria ordenó suplir los cargos de instructor declarados desiertos.

Indicó que, en virtud de esa orden, expidió el Auto N° 0353 de 2020 del 15 de mayo de 2020 con el que dispuso “*conformar las listas generales de elegibles para los empleos denominados Instructor, código 3010, grado 1 declarados desiertos (...) cuya expedición deberá producirse una vez se resuelvan las actuaciones administrativas de exclusión presentadas por la Comisión de Personal del S.E.N.A y los recursos de reposición elevados ante esa entidad, en garantía del debido proceso de todos los aspirantes de esa convocatoria*”.

Informó que por el aislamiento obligatorio, esa comisión profirió la Resolución N°. 4970 del 24 de marzo de 2020 con la que suspendió

los términos en los procesos de selección del 24 de marzo hasta el 11 de mayo de esta anualidad, así como aquellos atinentes a reclamaciones y solicitudes de exclusión, y que en adelante se han conformado las listas generales para proveer otros empleos declarados desiertos en las áreas de biotecnología industrial, instrumentación y control de procesos, derechos humanos y fundamentales en el trabajo.

Sin embargo, recalcó la existencia del Criterio Unificado del 16 de enero pasado, en el que se describió que las listas de elegibles aplican para los mismos empleos, lo cual incluye la ubicación geográfica que los aspirantes tuvieron la oportunidad de elegir al momento de su inscripción.

Afirmó que la C.N.S.C. cumplió con agotar las listas en atención al O.P.E.C. reportado por el S.E.N.A. y que, en este caso, deben respetarse los derechos que tienen los aspirantes que hacen parte de las listas conformadas en los municipios. Sin embargo, admitió que aquellas se han conformado sin tener en cuenta la ubicación geográfica dado que los jueces de tutela han ordenado su elaboración respecto de los empleos declarados desiertos.

Informó que, en la vigencia de esta lista, el S.E.N.A. no reportó en el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad – S.I.M.O.- vacantes adicionales a las ofertadas en el marco de esta convocatoria y que cumplan con el criterio de “*mismos empleos*”.

En relación con el derecho de petición, expuso que fue resuelto con el radicado 20205000656311, enviado al correo electrónico el pasado 14 de septiembre, por lo que solicitó declarar la

improcedencia de la acción ante la inexistencia de vulneración a los derechos fundamentales del actor.

El S.E.N.A. no hizo pronunciamiento. Tampoco los ciudadanos vinculados.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia del 16 de octubre del año en curso, el juzgado concedió el amparo de los derechos fundamentales de acceso a cargos y funciones públicas, al trabajo, al debido proceso administrativo y a la igualdad<sup>9</sup>.

Señaló que, para el caso concreto, el actor no puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa porque cuando se resuelva esa controversia *“el concurso habría llegado a su fin”*.

Anunció que, si bien el cargo para el cual se postuló Henry Franco Londoño solo tenía una vacante, que fue asignada al primero de la lista *“le es permitido continuar ahora ocupando el 1º lugar (...) para proveer las posibles vacantes de los empleos iguales al ofertado”*.

Constató que para el cargo al que se postuló el accionante, el S.E.N.A. manifestó que no ha reportado vacantes adicionales a las que ofertó o que cumplan con el criterio de *“mismos empleos”*, de cuya definición se apartó, porque en su sentir se limita al actor a la ciudad para la que se postuló –Pereira, Risaralda-, lo cual desconoce el principio del mérito por dar prevalencia al componente de la ubicación geográfica.

---

<sup>9</sup> De otra parte, negó el amparo al derecho de petición tras advertir que fue resuelto.

Afirmó que con la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019, es factible la conformación de listas del orden departamental o nacional y, en consecuencia, ordenó a las accionadas “*efectuar el estudio de equivalencia de los empleos vacantes adicionales y no convocados en el territorio nacional*”, respecto del empleo denominado instructor con O.P.E.C. 58.752 Grado 1, después de lo cual deberán consolidar la correspondiente lista de elegibles y proceder al nombramiento en periodo de prueba de quienes tengan “*el mejor derecho*”.

En providencia del 28 de octubre, la juez negó el requerimiento de aclarar el fallo, tras argumentar que la orden impartida no tiene la ambigüedad que predica el representante de la C.N.S.C y porque el propósito de aquel es cuestionar el proveído.

## **IMPUGNACIÓN**

El asesor jurídico de la C.N.S.C informó que no es posible cumplir la orden impartida porque se debe tener en cuenta la posición geográfica regulada en el Criterio Unificado de enero de 2020<sup>10</sup>.

Señaló que, si el actor no está de acuerdo con los actos administrativos que fundamentan esa convocatoria, la tutela no es el medio para resolverlo, lo cual quebranta el principio de subsidiariedad porque se trata de normas de carácter general<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Del cual argumentó que goza de presunción de legalidad, no ha sido modificado o dejado sin efectos por la jurisdicción contencioso administrativa ni declarada la excepción de inconstitucionalidad en la decisión judicial.

<sup>11</sup> Añadió que el accionante no demostró la inminencia, urgencia y gravedad que hagan impostergable el amparo que reclama.

Arguyó falta de inmediatez, toda vez que la lista de elegibles fue establecida en el 2018, por lo que el actor interpuso la acción en el término superior a un año.

Precisó que el fallo desconoció el numeral 4º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 –vigente cuando se realizó el concurso- en el que se establecía que, en estricto orden de mérito, con las listas de elegibles, “*se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso*”. Por lo tanto, no es jurídicamente posible que una vez culminado el proceso de selección y realizados los nombramientos, se “*reagrupen*” o integren nuevas listas generales que incluyan a los elegibles que en su oportunidad no alcanzaron el nombramiento.

Afirmó que no se puede dar aplicación a la Ley 1960 de 2019<sup>12</sup> de manera retrospectiva, porque los artículos 52 y 53 de la Ley 4º de 1913, señalan que la ley sólo rige con posterioridad a la fecha de su promulgación y se trata de un hecho consolidado porque las etapas de la Convocatoria N° 436 de 2017 culminaron.

Advirtió que la forma como se van agotando las listas de elegibles, acontece por las causales de retiro que general vacancias definitivas<sup>13</sup>.

Advirtió que, pasados tres años del concurso, la juez de primera instancia no puede cambiar las reglas de juego a las que se sometieron miles de aspirantes.

Informó que expidió el Criterio Unificado y la Circular en virtud de las facultades que le confieren los literales h y k del artículo 11 de

---

<sup>12</sup> Informó que con la Circular Conjunta N° 2019000000117 de 29 de julio de 2019 se impartieron instrucciones sobre la aplicación de esa Ley.

<sup>13</sup> Las causales de retiro del servicio están definidas en los artículos 41 y 42 de la Ley 909 de 2004.

la Ley 909 de 2004, a efecto de garantizar la correcta aplicación de la normatividad de carrera en los procesos de selección iniciados con antelación a la promulgación de la Ley 1960 de 2019.

Agregó que de esa manera se resolvió el problema jurídico sobre las listas de elegibles conformadas con anterioridad a la vigencia de dicha norma, para lo cual se determinó que deberán usarse para cubrir nuevas vacantes que se generaran con posterioridad y que correspondan a los «*mismos empleos*» “*entiéndase, aquellos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes (...)*”.

Aseguró que la C.N.S.C no ha vulnerado los derechos fundamentales del actor, porque se le ha garantizado la posibilidad de acceder por mérito a un empleo de carrera administrativa según el proceso de selección previsto en la Convocatoria N° 436 de 2017. Diferente es que no exista un mismo empleo en la planta del personal del S.E.N.A que permita su nombramiento, o de aquellos que cumplan con las características y el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, por lo que solicitó revocar el fallo.

El director del S.E.N.A. relacionó las etapas que se surtieron en el Convocatoria N° 436 de 2017 y su reglamentación, según la cual los aspirantes solo podían inscribirse a un empleo público establecido en cada O.P.E.C.

Expuso que la C.N.S.C. expidió la Resolución N° 20182120189335 del 24 de diciembre de 2018, para proveer la vacante de Instructor Grado 1 en la que el accionante ocupó el segundo lugar.

Precisó que el párrafo primero del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015<sup>14</sup>, dispone que las listas de elegibles solo pueden ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de alguna de las causales de retiro.

En relación con los empleos, cuyo concurso fue declarado desierto, aseguró que la comisión accionada se pronunció el 12 de marzo de 2019 y señaló que el uso de la lista no procede para proveer cargos iguales o equivalentes de las plantas globales de las entidades, ni de los aquellos declarados desiertos.

Mencionó el Criterio Unificado de la C.N.S.C. en el que se explicó que la Ley 1960 de 2019 solo es aplicable a los nuevos concursos, por lo que la misma no afecta esta convocatoria.

Recalcó que el S.E.N.A. no tiene competencia para la conformación de las listas de elegibles, ya que su deber consiste en realizar el nombramiento, de manera que argumenta falta de legitimidad en la causa por pasiva.

Destacó que el principio de inmediatez no se cumple porque 21 meses después de la firmeza de la resolución con la que se proveyó la vacante, el actor pretende hacer valer sus derechos. De igual modo, aseveró que no se reúne el de subsidiariedad porque cuenta con otros medios de defensa judicial como lo es, el demandar los actos

---

<sup>14</sup> En este sentido también citó el Concepto de la C.N.S.C del 15 de marzo de 2019.

administrativos, evento en el cual podrá solicitar como medida cautelar su suspensión<sup>15</sup>.

Añadió que la pretensión de ser nombrado en una O.P.E.C diferente a aquella para la que concursó, no está comprendida en el ámbito de los derechos de acceso a cargos públicos y del trabajo.

Señaló que se desconoce el principio de inescindibilidad de la ley, por lo que no le está permitido tomar apartes de la misma y desestimar otros.

Aseveró que el artículo 18 del Acuerdo 562 de 2016 establece que la finalidad del Banco Nacional de Listas de Elegibles es proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos.

De otra parte, adujo que la prerrogativa de la igualdad no se ha desconocido, porque el trato que se les ha dado a los ciudadanos es homogéneo y con observancia de las reglas del concurso. En ese contexto solicitó revocar la sentencia y, en consecuencia, denegar las pretensiones.

## **CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia:**

La colegiatura se encuentra habilitada para revisar la decisión impugnada de conformidad con los artículos 32 y 37 del Decreto 2591 de 1991.

---

<sup>15</sup> En este punto recalcó que el demandante no invocó ningún perjuicio irremediable no solicitó la protección transitoria.

## **2. Problema jurídico:**

Corresponde a esta corporación determinar si las entidades accionadas, vulneraron los derechos cuya protección reclama Henry Franco Londoño, o alguna otra prerrogativa fundamental, de suerte que proceda la confirmación de la decisión impugnada.

## **3. Solución.**

El artículo 86 del Estatuto Superior dispone que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, mediante un trámite preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estén siendo vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de un particular en los casos expresamente señalados en la ley.

El numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 destaca el carácter subsidiario de este instituto jurídico, al señalar que la acción de tutela solamente procede cuando no existan otros recursos o medios de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En punto del concurso de méritos, la Corte Constitucional precisó que, pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, la acción de tutela resulta ser la más idónea y eficaz para salvaguardar las garantías fundamentales de los participantes. Puntualmente indicó:

*“En relación con los concursos públicos de méritos, la Corte ha consolidado una jurisprudencia uniforme respecto de la ineficacia de los medios judiciales de defensa que existen en*

*el ordenamiento jurídico para resolver las controversias que allí se suscitan, sobre la base de estimar que éstos no permiten una pronta y actual protección de los derechos fundamentales en discusión, pues debido al prolongado término de duración de los procesos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando se resuelva el asunto ya no será posible reivindicar dichas garantías. Desde esa perspectiva, la acción de tutela se erige como el único mecanismo que haría posible una protección eficiente de los derechos fundamentales que aquí se invocan, razón por la cual el amparo impetrado por los demandantes amerita un pronunciamiento de fondo en la presente providencia."*<sup>16</sup>.

También ha advertido que en esta materia, la jurisdicción de lo contencioso administrativo y las medidas cautelares que allí se puedan expedir, no son eficaces para el amparo de los derechos de este raigambre ya que "(i) es necesario seguir y ajustarse al procedimiento descrito en la norma y acudir mediante abogado debidamente acreditado, situación que no ocurre con la acción de tutela, como quiera que este es un instrumento que puede ser usado de manera personal por el titular de los derechos vulnerados, sin necesidad de seguir una forma preestablecida, (ii) por regla general, para que una medida cautelar sea decretada, es imperativo prestar caución para asegurar los posibles perjuicios que con ésta se puedan causar<sup>17</sup> y, (iii) la suspensión de los actos que causen la vulneración de los derechos no es de carácter definitivo, puesto que estas herramientas son transitorias y, en esa medida, la orden final está sometida a las características propias de cada juicio, en

---

<sup>16</sup> Sentencia T-213A de 2011. Este criterio ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias SU-617 de 2013 y T-112 A de 2014.

<sup>17</sup> De acuerdo con el artículo 232 de la Ley 1437/11 no se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.

*contraposición con la protección que brinda el amparo constitucional, que en principio, es inmediato y definitivo.* “<sup>18</sup>

Ante la censura consistente en la improcedencia de esta demanda constitucional para cuestionar actos administrativos dictados en desarrollo de un concurso de méritos, la jurisprudencia señaló que es viable por vía de excepción “*ya que, más allá de la causal del perjuicio irremediable, cabe examinar la eficacia en concreto del medio existente y de la viabilidad sumaria de las medidas cautelares (...) siendo prevalente, en este escenario, la protección del mérito como principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático ...*”<sup>19</sup>.

En este caso, Henry Franco Londoño solicitó el amparo de sus derechos fundamentales atrás enunciados y que de conformidad con el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019<sup>20</sup>, se ordene a las demandadas realizar su nombramiento “*para un empleo bien sea que se haya ofertado o no (...) con la denominación Instructor código 3010 grado 1*” al interior de la Convocatoria 436 de 2017.

Con base en la información que se aportó al trámite, el tribunal advierte que el demandante superó las pruebas para acceder al precitado cargo, que en los términos de la O.P.E.C. que solo tenía una vacante en la dependencia de Risaralda –Centro de Comercio y Servicios-. En virtud de esto, el 24 de diciembre de 2018 la C.N.S.C

---

<sup>18</sup> Sentencia T-376 de 2016.

<sup>19</sup> En la sentencia T 340 de 2020

<sup>20</sup> Norma que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en los siguientes términos “*(...) 4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad*”.

profirió la Resolución N° 20182120189335<sup>21</sup> en la que el actor aparece en la segunda posición con 76.20 puntos.

Estas circunstancias corroboran la procedencia de la demanda constitucional, porque el accionante actualmente ocupa el primer lugar en la lista de elegibles de esa dependencia -luego del nombramiento del primer concursante para el referido cargo- , además de que esa lista aún se encuentra vigente, aunque está próxima a cumplir el término de dos años para el cual fue expedida.

En ese contexto, tampoco se desconoce el principio de la inmediatez, porque se trata de un proceso con efectos jurídicos actuales.

En punto del problema jurídico que se debe resolver, el artículo 125 de la Carta Política dispone que por regla general los empleos del Estado son de carrera<sup>22</sup>, ya que las vacantes deben ser ocupadas por mérito<sup>23</sup> el cual se define con los concursantes que hayan obtenido el puntaje más alto.

Esto, por cuanto al agotarse las diferentes etapas del concurso, se produce la emisión de la lista de elegibles, cuya designación es obligatoria para la entidad, dependiendo del número de vacantes disponibles.

---

21 Con firmeza a partir del 15 de enero de 2019 y por la cual se conformó lista de elegibles para proveer una vacante del empleo de carrera con el código O.P.E.C. denominado instructor código 3010 grado 1 del S.E.N.A.

22 Una de las excepciones admitidas por la Constitución a dicha regla es la de los cargos de libre nombramiento y remoción.

23 Según la Corte Constitucional el mérito "*constituye plena garantía que desarrolla el principio de la igualdad, en la medida en que contribuye a depurar las prácticas clientelistas o políticas en cuanto hace al nombramiento de los servidores públicos o cuando fuese necesario el ascenso o remoción de los mismos, lo que les permite brindarles protección y trato sin discriminación de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*"<sup>23</sup>.

En este sentido, la Ley 909 de 2004 reguló el ingreso y ascenso a los empleos de carrera y en su artículo 28 definió los principios que orientan la ejecución de ese procedimiento que además del mérito, contempla la libre concurrencia, la igualdad en el ingreso, la publicidad, la transparencia, la eficacia y la eficiencia.

Dicha norma encargó a la C.N.S.C la administración y vigilancia de las carreras<sup>24</sup>, por lo que le corresponde realizar el proceso de selección para la provisión definitiva de los empleos públicos, el cual está compuesto por: i) la convocatoria; ii) el reclutamiento; iii) la aplicación de pruebas; iv) la elaboración de listas de elegibles, por estricto orden de mérito que tendrá una vigencia de dos años y v) nombramiento en periodo de prueba.

Tal como se informó en la impugnación, en el primer párrafo del artículo 7º del Decreto 1227 de 2005<sup>25</sup> se disponía que *“Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.”*

Con ocasión de ese postulado, en su momento la Corte Constitucional expresó que las listas de elegibles generaban el derecho de ser nombradas, solo para los cargos convocados al concurso.

---

<sup>24</sup> Salvo las que tengan un carácter constitucional especial.

<sup>25</sup> Modificado por el artículo 7º del Decreto 1894 de 2012 y con el cual se reguló parcialmente la Ley 909 de 2004.

No obstante, artículo 6° de la Ley 1960 de 2019 modificó el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, al disponer que una vez elaborada la lista de elegibles, *“(...) en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad”*.

En torno a la aplicación de esta norma, las accionadas no pueden ignorar que en la sentencia T- 340 de 2020 se concluyó que es viable predicar su retrospectividad, ya que ésta regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia, como lo serían las listas de elegibles.

En este sentido la corte precisó *“el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley.”*<sup>26</sup>

Lo anterior demuestra que al ciudadano Franco Londoño le asiste el derecho de solicitar el uso de la lista de elegibles de la que hace parte, con ocasión de la nueva norma que le es aplicable.

---

<sup>26</sup> Así mismo aclaró que las entidades deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, *“el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso”*.

Es importante señalar que en la misma providencia, esa colegiatura advirtió que los conceptos de la C.N.S.C “*gozan de un valor especial, por ser el organismo que, por mandato constitucional, tiene la función de administrar las carreras de los servidores públicos (CP. Artículo 130)*”, razón por la cual aceptó el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, en el que se determinó que la lista de elegibles expedida en un proceso de selección aprobado con anterioridad al 27 de junio de 2019, debía ser usada para cubrir las nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “*mismos empleos*”, en cuya definición se incluyó el criterio de la ubicación geográfica.

Sin embargo, en este punto es necesario aclarar que el 22 de septiembre, dicha comisión emitió un nuevo concepto en el cual admitió el uso de las listas de elegibles para “*empleos equivalentes*” el cual definió en los siguientes términos:

*“Se entenderá por empleos equivalentes aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan grado salarial igual, posean el mismo requisito de experiencia, sean iguales o similares en cuanto al propósito principal o funciones, requisitos de estudios y competencias comportamentales y mismo grupo de referencia<sup>27</sup> de los empleos de las listas de elegibles”.*

Por lo tanto, se trata de un concepto que no limita el derecho del actor al factor territorial, lo cual hace innecesario e inadecuado el reproche de la sentencia impugnada.

---

<sup>27</sup> Mismo Grupo de Referencia o Normativo: Grupo al que se aplica el mismo cuadernillo y se califica agrupado. Por lo tanto, es un agregado estadístico que será empleado para obtener la calificación estandarizada (usualmente basada en el cálculo de la media y desviación típica).

Sin embargo, en razón de que en la impugnación las accionadas insistieron en inaplicar la Ley 1960 de 2019, se advierte la necesidad mantener indemne la orden impartida, aunque por las razones aquí expuestas, además porque el concepto del 22 de septiembre de 2020 ya no contiene la exigencia del factor territorial.

Es necesario aclarar que si bien el fallador ordenó efectuar una labor “conjunta” entre la C.N.C.S y el S.E.N.A para la consolidación de la lista de elegibles y nombramientos en las vacantes no convocadas que tengan equivalencia con el empleo aquí relacionado, esto debe ser desarrollado en el marco de sus competencias.

En relación con los cargos que se declararon desiertos, la C.N.S.C informó que en virtud de la orden que impartió la Sala de Familia de este tribunal, respecto de otra concursante que participó para el mismo cargo<sup>28</sup>, profirió Auto N° 0535 del 13 de mayo de 2020 para conformar listas generales de elegibles para esos empleos de instructor con código 3010 grado 1.

Finalmente, en cuanto a que no es posible aplicar la Ley 1960 de 2019 de manera retrospectiva, porque los artículos 52 y 53 de la Ley 4° de 1913 disponen que la ley solo rige con posterioridad a su promulgación, se debe recordar que la disposición legal, cuya inaplicación aquí se pide, fue promulgada en el Diario Oficial 50.997 el día 27 de junio de 2019, además este es un tema que ha sido suficientemente definido por la jurisprudencia constitucional.

---

<sup>28</sup> Sobre el particular, citó la parte resolutive de dicha providencia en la que se enunció: “(...) en consecuencia se ordena a la C.N.S.C y al S.E.N.A que en el término de dos meses adelanten el procedimiento respectivo para suplir los cargos de Instructor, declarados desiertos, (...)”

## DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución,

## RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha, origen y contenido relacionados en el cuerpo de este pronunciamiento.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** el presente proveído a las partes por el medio más expedito y **REMITIR** el expediente para su eventual revisión a la Corte Constitucional.

**Notifíquese y cúmplase**



Leonel Rogeles Moreno  
Magistrado



**José Joaquín Urbano Martínez**  
Magistrado

**CON AUSENCIA JUSTIFICADA**

**Jairo José Agudelo Parra**  
Magistrado

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER MAGISTRADO PONENTE: JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR

Bucaramanga, once (11) de diciembre del dos mil veinte (2020)

De

**ACCIÓN:** TUTELA (SEGUNDA INSTANCIA)

**ACCIONANTES:** CARMEN ALICIA ZAMBRANO NAVARRO

**ACCIONADOS:** COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC-  
SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA-

**RADICADO:** 680813333013-2020-00213-01  
[atencionalciudadano@cncs.gov.co](mailto:atencionalciudadano@cncs.gov.co)  
[mileniospa@hotmail.com](mailto:mileniospa@hotmail.com)  
[atencionalciudadano@sena.gov.co](mailto:atencionalciudadano@sena.gov.co)

conformidad con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 este Tribunal conoce de la **IMPUGNACIÓN** formulada por la parte accionada **LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC Y EL SERVICIO NACIONAL DE APREDNIDAZAJE- SENA** contra la sentencia del 23 de octubre 2020, proferida por el Juzgado Trece Administrativo Oral de Bucaramanga, mediante la cual tutelo el derecho al debido proceso de la señora CARMEN ALICIA ZAMBRANO NAVARRO.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Hechos

Manifiesta la accionante que la Comisión Nacional del Servicio civil en cumplimiento a la Ley 909 de 2004 realizó la convocatoria número 436 del 2017, a través del Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, para proveer el cargo de instructor, código 3010, grado 1, de la planta de empleos del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA.

Seguidamente, la CNSC producto de la convocatoria expidió la resolución de lista de elegibles No. CNSC – 20182120190975 del 24 de diciembre de 2018 para proveer una (1) vacante de la OPEC No. 59399, con la denominación de instructor, código 59399, grado 1 en la que figura ocupando el segundo lugar de elegibilidad con 81.34 puntos definitivos de la convocatoria.

Manifiesta que el SENA con posterioridad a la Convocatoria 436 de 2017 crea 565 cargos temporales con la denominación instructor código 3010 grado 1, que en sesiones del 26 y 28 de enero y del 2 y 11 de febrero de 2016 de acuerdo con la sentencia C-288-2014 las vacancias temporales en las entidades deben ser cubiertas con las listas de elegibles vigentes en las respectivas entidades al igual que en la Ley 909 de 2004, artículo 21 numeral 3, de igual manera cada vez que surta o quede una vacante temporal y existan listas de elegibles.

Expone que en el mes de junio de 2019 un grupo de elegibles **peticionó al SENA** para que suministrara información al respecto e hiciera uso de la lista de elegibles con todos los cargos temporales, que el SENA **en respuesta masiva señaló:**

(...)

Cordial Saludo:

En atención a su comunicación del asunto, de manera atenta le informo lo siguiente en el orden que lo solicita:

1. Los 800 empleos de planta temporal se crearon el 17 de julio de 2017, mediante Decreto 553 de 2017 *"Por el cual se crea una planta de empleos temporales en el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y se dictan otras disposiciones"* y fueron distribuidos mediante Resolución 715 de 2017 *"Por la cual se distribuyen los cargos de la planta de empleos temporales creada para el SENA por el Decreto 553 de 2017"*, que le anexo en copia y en los cuales usted podrá encontrar la fecha de creación y la denominación de los cargos creados.

Las funciones y requisitos de cada cargo temporal se encuentran en la Resolución 1694 del 28 de septiembre de 2017 *"Por la cual se adopta el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para /os Empleos Temporales de la Planta de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA"* y sus anexos, la cual puede ser consultada en el siguiente link: <http://www.sena.edu.co/es-co/sena/Paginas/manua-funciones.aspx>.

La vigencia actual de cada uno de los cargos temporales del SENA es hasta el 15 de Julio de 2019 de acuerdo a lo señalado en el Decreto 2147 de 2017 *"Por el cual se prórroga la vigencia de la planta de empleos temporales del Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA creada mediante el Decreto 553 de 2017"*.

2. Actualmente la entidad se encuentra gestionando ante las entidades competentes (Departamento Nacional de Planeación, Departamento Administrativo de la Función Pública, Ministerio de Trabajo, Ministerio de Hacienda y Presidencia) la prórroga de la planta temporal hasta el 31 de diciembre de 2019.

3. Una vez creados los empleos de la planta temporal, la Entidad en cumplimiento de lo señalado en el artículo 21 de Ley 909 de 2004, solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil verificar la existencia de listas de elegibles para provisión de dichos empleos, sobre los cuales la CNSC señaló la NO existencia de lista de elegibles.

Posteriormente se realizó el proceso de encargo de los funcionarios de carrera administrativa.

Con los empleos restantes, se realizaron dos convocatorias públicas en la vigencia 2017, logrando proveer **752 empleos temporales** y 48 cargos quedaron desiertos.

Como resultado de las convocatorias públicas anotadas, se constituyeron listas con orden de provisión, que tienen vigencia de 2 años, razón por la cual, se ha continuado la provisión de los empleos que han venido quedando vacantes y que cuentan con lista vigente para nombramiento en planta temporal.

4. Se relacionan a continuación los empleos de la planta temporal, que, desde el mes de noviembre de 2018 a la fecha, se han provisto con las listas conformadas en virtud de las convocatorias públicas.

Denominación	Código	Grado	fecha de creación	fecha de posesión
Instructor G13	301013	13	17/07/2017	17/06/2019
Instructor G10	301010	10	17/07/2017	08/04/2019
Instructor G06	301006	06	17/07/2017	04/06/2019
Instructor G08	301008	08	17/07/2017	04/06/2019
Instructor G11	301011	11	17/07/2017	04/06/2019
Instructor G10	301010	10	17/07/2017	04/06/2019
Instructor G10	301010	10	17/07/2017	04/06/2019
Instructor G11	301011	11	17/07/2017	02/05/2019
Instructor G11	301011	11	17/07/2017	08/04/2019
Instructor G08	301008	08	17/07/2017	01/04/2019
Profesional G10	301010	10	17/07/2017	05/04/2019
Instructor G11	301011	11	17/07/2017	05/06/2019
Instructor G12	301012	12	17/07/2017	05/06/2019
Instructor G10	301010	10	17/07/2017	05/06/2019
Instructor G06	301006	06	17/07/2017	05/06/2019
Instructor G09	301009	09	17/07/2017	02/05/2019
Instructor G15	301015	15	17/07/2017	02/05/2019
Instructor G08	301008	08	17/07/2017	07/05/2019
Instructor G11	301011	11	17/07/2017	09/05/2019
Instructor G14	301014	14	17/07/2017	10/06/2019

Profesional G08	301008	08	17/07/2017	13/03/2019
Instructor G10	301010	10	17/07/2017	13/03/2019
Instructor G09	301009	09	17/07/2017	10/05/2019
Instructor G11	301011	11	17/07/2017	01/04/2019
Instructor G09	301009	09	17/07/2017	11/04/2019
Instructor G11	301037	11	17/07/2017	02/04/2019
Instructor G10	301038	10	17/07/2017	12/04/2019
Profesional G09	301039	09	17/07/2017	01/04/2019

Los empleos anteriormente relacionados, fueron provistos inicialmente como resultado de la convocatoria pública y se realizó nuevamente su provisión, por la renuncia de quienes fueron nombrados.

Vale la pena resaltar que los cargos que se encuentran vacantes a la fecha y cuentan con lista conformada, como resultado de las convocatorias públicas, se encuentran en proceso de provisión, hasta el 15 de julio de 2019.

5. Como se ha explicado a lo largo de este escrito, la provisión de la planta vigente hasta el 15 de julio de 2019, se realizó en los términos señalados en la normatividad vigente; ahora bien, como también lo señalamos, en el evento que la planta temporal sea prorrogada, será necesario realizar la provisión de todos los empleos que se encuentren vacantes, para lo cual se dará estricta aplicación a lo establecido en el artículo 2.2.5.3.5 del Decreto 648 de 2017, que señala:

“Artículo 2.2.5.3.5 Provisión de empleos temporales. Para la provisión de los empleos temporales de que trata la Ley 909 de 2004, los nominadores deberán solicitar las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil teniendo en cuenta las listas que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles y que correspondan a un empleo de la misma denominación, código y asignación básica del empleo a proveer.

En caso de ausencia de lista de elegibles, los empleos temporales se deberán proveer mediante la figura del encargo con empleados de carrera de la respectiva entidad que cumplan con los requisitos y competencias exigidos para su desempeño. Para tal fin, la entidad podrá adelantar un proceso de evaluación de las capacidades y competencia de los candidatos y otros factores directamente relacionados con la función a desarrollar.

En caso de ausencia de personal de carrera, con una antelación no inferior a diez (10) días a la provisión de los empleos temporales, la respectiva entidad deberá garantizar la libre concurrencia en el proceso a través de la publicación de una convocatoria para la provisión del empleo temporal en la página web de la entidad. Para la valoración de las capacidades y competencias de los candidatos la entidad establecerá criterios objetivos.

El término de duración del nombramiento en el empleo de carácter temporal será por el tiempo definido en el estudio técnico y de acuerdo con la disponibilidad presupuestal, el cual se deberá definir en el acto de nombramiento”.

En los anteriores términos se da respuesta a su solicitud.

...”

Expone que el SENA a pesar de existir listas de elegibles vigente, han realizado nombramientos desde abril a junio del 2019 con otras personas que no se encuentran en listas de elegibles, por lo anterior, afirma que se le vulnera su derecho como concursante y en el que se encuentra en lista de elegible.

De otra parte, manifiesta que en atención a la respuesta emitida por el SENA, en el mes de julio de 2019 un grupo de elegibles, petitionó a la CNSC, quien en respuesta masiva manifestó que el 27 de julio de 2018 el SENA le solicitó a la entidad el envío de listas de elegibles para proveer 110 empleos de carácter temporal creados mediante Decreto 553 de 2017, petición que fue atendida en el sentido de informarle que para dicha fecha, no existían listas de elegibles proferidas en desarrollo de la Convocatoria 436 de 2017, por lo que el SENA debió agotar los demás órdenes de provisión de los empleos temporales.

Así mismo, expone que con posterioridad a la expedición de las listas de elegibles de la Convocatoria 436 de 2017, en el SENA se generaron varias vacantes temporales y sin embargo ni el SENA ni la CNSC garantizaron el debido proceso, haciendo uso de las listas de elegibles frente a los cargos temporales a pesar que la planta temporal del SENA amplió su vigencia el 10 de julio de 2019.

Afirma que el Sena en el mes de octubre de 2020 le envió un correo electrónico solicitándole la manifestación de aceptación o rechazo para vincularla en un empleo vacante de la planta temporal, según un listado de empleos que se elaboró a partir de un análisis de la denominación, código y asignación básica de las vacantes de la planta temporal, informándoles que pueden postularse únicamente a una (1) de las vacantes relacionadas.

Advierte que el SENA y la CNSC empezaron a darle parcial cumplimiento a las normas de carrera al hacer uso de lista de elegibles con los cargos temporales, no obstante, las mismas deben realizar una audiencia pública de todos los cargos temporales teniendo en cuenta los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad contemplado en la sentencia C – 288 de 2014.

Así mismo, no están de acuerdo que el SENA limite a los concursantes a escoger una sola vacante entre muchos, lo que conllevaría a que muchos concursantes con buenos puntajes se queden por fuera mientras otros con puntajes inferiores se vinculen. De igual manera, considera que como la planta del SENA es global y flexible tiene la autonomía para trasladar los cargos incluso cambiarles los perfiles a los mismos. Finalmente, concluyen que las entidades les están vulnerando el derecho al debido proceso administrativo.

## 2. Pretensiones

De conformidad con los hechos expuestos, la parte actora solicita:

**“PRIMERO.** Que, se restablezcan los derechos fundamentales **A LA GARANTIA Y EFECTIVIDAD DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS POR PARTE DEL ESTADO, IGUALDAD, TRABAJO, DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS VIA MERITO, ASÍ COMO A LOS PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA Y LOS QUE EL DESPACHO CONSIDERE PERTINENTES, VULNERADOS U AMENAZADOS,** de **CARMEN ALICIA ZAMBRANO NAVARRO,** mayor de edad e identificada con cédula de ciudadanía No **63481041** y se ordene de manera inmediata a la **CNSC** y al **SENA seleccionar todos los empleos denominados INSTRUCTOR de la Planta Temporal del SENA por perfiles de los empleos, y núcleos básicos del conocimiento,** en un término No superior a 48 horas.

**SEGUNDO:** Ordenar a la CNSC y al SENA, realizar una recomposición de listas del banco de listas de elegibles en estricto orden de mérito para proveer todos los empleos denominados INSTRUCTOR de la Planta Temporal del SENA, de acuerdo a su similitud funcional con los cargos temporales.

**TERCERO:** Ordenar a la CNSC y al SENA que, una vez se haya realizado la selección de los empleos por perfil y núcleos básicos del conocimiento, y se haya realizado la recomposición del banco de lista de elegibles, se debe realizar una audiencia pública (virtual) para proveer todos los empleos denominados **INSTRUCTOR** de la Planta Temporal del SENA, para que los nombramientos se realicen en estricto orden de Mérito. En un término No superior a 48 horas y en caso de que el tutelante se encuentre en posición meritatoria, se le debe realizar su nombramiento en un cargo temporal.

**CUARTO:** ORDENAR A LA CNSC Y AL SENA rendir un informe escrito a este Despacho, con los soportes respectivos, dentro de un término igual y siguiente al concedido para el cumplimiento del presente fallo.”

## II. CONTESTACION DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS

### 1.- SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA

El Coordinador del Grupo Regional de Gestión de Talento Humano del Sena – Regional Santander manifestó que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, realizó la Convocatoria 436 de 2017, a través del Acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, con el fin de proveer definitivamente los empleos vacantes del personal perteneciente al sistema general de carrera administrativa del SENA.

Afirma que la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC- con base a los resultados de la convocatoria 436 de 2017 conformó listas de elegibles para cada uno de los empleos a los que concursaron los accionantes, lo anterior, atendiendo lo estipulado en el artículo 58 del Acuerdo No. 20171000000116 de 2017, y en concordancia con lo estipulado por el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, lo cual señala que la lista de elegibles tiene una vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su firmeza, que para la dicha lista quedó en firme el día 15 de enero de 2019.

Así mismo, refiere el párrafo primero del artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, en el cual menciona que la lista de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, durante su vigencia, solo pueden ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

De otra parte, expone que la CNSC en comunicación No 20191020121341 de fecha 12 de marzo de 2019 se pronuncia frente a la provisión de los cargos, y advierte que dicho concurso fue declarado desierto, y señaló que el uso de lista no procede para proveer empleos iguales o equivalentes de las plantas globales de las entidades participantes de los concursos de mérito, ni los empleos declarados desiertos.

Así mismo, la CNSC el 1 de agosto de 2019, expuso un criterio unificado en relación con la aplicación de la lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, explicando que esta ley solo es aplicable a los nuevos concursos de méritos que se adelante, por lo que no afectaría la convocatoria 436 de 2017.

Concluye, que carece de legitimación en la causa por pasiva para garantizar lo pretendido por la accionante, ya que de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, con los resultados de las pruebas es la CNSC, quien elabora en estricto orden de mérito la lista de elegibles, y su competencia se limita a realizar el nombramiento dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al envío de la lista de elegibles, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.6.21 del Decreto 1083 de 2015.

Solicita negar las pretensiones de la presente tutela, toda vez, que las listas de elegibles de la cual hacen parte la accionante, fue expedida desde el mes de diciembre de 2018, quedando en firma en enero de 2019, por lo que en el caso en cuestión no se cumple con el requisito de la inmediatez, o en su efecto que la accionante cuenta con otros medios de defensa judicial contra las decisiones tomadas por el SENA o la CNSC, las cuales se expresan en actos administrativos, por lo que deberían demandar dichas decisiones, en ejercicio de los medios de control en la jurisdicción contenciosa administrativa establecidos en la Ley 1437 de 2011, además que no se encuentra probado un perjuicio irremediable que torne procedente la protección solicitada por vía de tutela.

## **2. -. -COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC-**

El asesor jurídico señala que no resulta procedente el uso de listas solicitado por la accionante, pues con ello se estaría dando aplicación retrospectiva a la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, toda vez que la convocatoria 436 de 2017 inició el 17 de octubre de 2018, con anterioridad a la entrada en vigencia de la precitada ley.

Expone que Ley 1960 del 27 de junio de 2019 modificó algunos aspectos de la Ley 909 de 2004, razón por la cual la CNSC, debió dar instrucciones precisas frente a su aplicabilidad en los procesos de selección a desarrollarse a partir de su entrada en vigencia, por lo que en criterio unificado del 16 de enero de 2020 dispuso que la referida ley aplica a los procesos de selección aprobados por la sala plena de comisionados con posterioridad a su entrada en vigencia, por lo que no es procedente aplicar retrospectivamente la misma frente, ya que esto solo procede

frente a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa, lo cual no ocurre en el asunto en cuestión, toda vez que las etapas del concurso de méritos ya se encuentran agotadas, es decir, el hecho ya se encuentra consolidado.

Afirma que una vez conformada la lista de elegibles para proveer por mérito las vacantes definitivas de los empleos objeto de concurso se generan para quienes las integran dos situaciones: **i.)** para quien se encuentre en orden de elegibilidad de acuerdo al número de vacantes a proveer, se configura el derecho a ser nombrado en periodo de prueba en el empleo aspirado; **ii)** para quienes no ocuparon una posición meritoria dentro de la lista de elegibles, surge la expectativa de ser nombrado ante la generación de nuevas vacantes, lo anterior, haciendo uso de la lista en el orden de mérito subsiguiente, durante los dos (2) años de vigencia. Lo anterior lo conceptualiza, a fin de aclarar que no todos los participantes en un concurso de méritos no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, toda vez, que solo son titulares de una expectativa que se materializa cuando cumplen todos los requisitos legales y superan todas las etapas de los procesos de selección, ya que es su posición meritoria en una lista de elegibles la que le otorga a quien ocupa el primer lugar, el derecho a ser nombrado en el empleo para el cual concursó.

Ahora bien, advierte que la competencia de la CNSC se circunscribe a realizar un estudio técnico para determinar si es posible proveer los empleos temporales con las listas de elegibles vigentes administradas por la CNSC, para lo cual los nominadores de las entidades solicitan aprobación de uso de listas relacionando la información establecida en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004, para el diseño del respectivo empleo, de igual manera explica lo equivalente entre un cargo y el otro, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015.

Concluye, que la presente acción es improcedente dado que la inconformidad de la accionante radica en la normativa que rige el concurso, la cual pueden atacar mediante los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho previstos en la Ley 1437 de 2011, además que no se encuentra probado un perjuicio irremediable que torne procedente la protección solicitada por vía de tutela.

### III. LA SENTENCIA APELADA

El Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga, en providencia del 23 de octubre de 2020 decidió lo siguiente:

**PRIMERO: TUTELAR** el derecho al debido proceso de CARMEN ALICIA ZAMBRANO NAVARRO, ANA NEDSI JAIMES CHACÓN, ALBA MARY OJEDA RUEDA, EIDY RUBIELA ARDILA RUEDA, OLGA PATRICIA REYES LOZANO, WILLIAN SANDOVAL ROA, VÍCTOR ALONSO MARTÍNEZ TORRES y YAMILE RUEDA PINZÓN, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SE ORDENA** a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC- que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, si aún no lo hubieren hecho, conforme un banco nacional de listas de elegibles con todas las listas de elegibles que se encuentren vigentes respecto de los empleos con denominación Instructor, código 3010, grado 1 de la entidad SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, debiendo tener en cuenta para ello los perfiles de los empleos para los que concursaron los accionantes, así como el nivel jerárquico, grado salarial, los niveles de estudio, las disciplinas, núcleos básicos del conocimiento y las competencias de cada empleo.

Así mismo, **SE ORDENA** a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC-** que, dentro del término atrás otorgado, una vez consolidado el banco nacional de listas de elegibles, convoque la realización de la audiencia pública para escogencia de empleo, conforme el procedimiento establecido en el Acuerdo 562 de 2016.

**TERCERO: SE ORDENA** al **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA-** verificar que los elegibles cumplan los requisitos de experiencia, estudios y demás necesarios para su nombramiento y sólo cuando éstos se cumplan, realice el nombramiento de los mismos, a partir de la lista de elegibles generada por el Banco Nacional, en estricto orden de méritos.

**CUARTO: SE ORDENA EXTENDER** los efectos de la presente sentencia de tutela a todos los concursantes que se encuentran en listas de elegibles vigentes de los empleos con denominación Instructor, código 3010, grado 1 de la entidad **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA**, que cuenten con los mismos perfiles de los empleos para los que concursaron los accionantes, así como el nivel jerárquico, grado salarial, las disciplinas, núcleos básicos del conocimiento y las competencias de cada empleo

**QUINTO: DECLÁRASE** que la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA** no ha vulnerado ni puesto en riesgo los derechos fundamentales de los accionantes, conforme las razones expuestas en la parte motivan de esta providencia.

**SEXTO:** Notifíquese el presente fallo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**SÉPTIMO:** Si esta sentencia no fuere impugnada, envíese el cuaderno original al H. Corte Constitucional para su eventual revisión, previas las anotaciones de rigor. (Art. 31 Dcto. 2591/1991).

Considera el A quo, que las entidades accionadas vulneran los derechos fundamentales invocados por los accionantes, concluye, que si bien el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA-** se encuentra en proceso de ofertar los empleos de la planta temporal que se encuentran vacantes con empleados que ostentan derechos de carrera, se nota, el proceder desplegado por las entidades accionadas, los cuales quebranta el derecho al debido proceso de los accionantes, en síntesis, porque no siguieron el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico para proveer vacantes de distintas ubicaciones geográficas respecto de concursantes que superaron todas las etapas de un concurso de méritos y que hacen parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles.

#### **IV. LA IMPUGNACIÓN**

##### **-SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE –SENA -**

Inconforme con la decisión de primera instancia, impugnan el referido fallo, esgrimiendo los mismos argumentos expuestos con la contestación, por lo anterior, solicita que se revoque el fallo de primera instancia, y en su lugar, se declare improcedente dado que la inconformidad de la accionante radica en la normativa que rige el concurso, la cual pueden atacar mediante los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho previstos en la Ley 1437 de 2011, además que no se encuentra probado un perjuicio irremediable que torne procedente la protección solicitada por vía de tutela.

## **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC-**

La entidad accionada, impugnan el referido fallo, esgrimiendo los mismos argumentos expuestos con la contestación, por lo anterior, solicita que se revoque el fallo de primera instancia, y en su lugar, se declare improcedente dado que la inconformidad de la accionante radica en la normativa que rige el concurso, la cual pueden atacar mediante los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho previstos en la Ley 1437 de 2011, además que no se encuentra probado un perjuicio irremediable que torne procedente la protección solicitada por vía de tutela

### **V. CONSIDERACIONES**

#### **ACERCA DE LA COMPETENCIA**

Esta Corporación es competente para decidir el recurso de impugnación objeto de esta providencia, en virtud del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

#### **PROBLEMA JURÍDICO**

corresponde a la Sala determinar si las entidades accionadas vulneraron o no los derechos fundamentales aducidos por la accionante, como quiera que la accionante manifiesta que a pesar de ocupar el segundo lugar con un puntaje de 81.34 de elegibilidad en la lista de elegibles No CNSC - 20182120190975 del 24 de diciembre de 2018, dentro del empleo identificado en la Oferta Pública de Empleos No. 59399, denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010, GRADO 1, siendo actualmente elegible y con lista vigente para un cargo TEMPORAL EN EL SENA, con la denominación de instructor; no obstante el SENA le realizó el ofrecimiento de un solo cargo para que escogiera entre muchos individualizados, vulnerando su derecho al debido proceso, pues no se realiza una AUDIENCIA PUBLICA POR AREAS TEMATICAS, además que en los ofrecimientos realizados por el SENA no se encuentran todos los cargos temporales que actualmente existen en la entidad con la denominación de instructor.

**Tesis:** Si

**Fundamento jurídico :** Del análisis del caso en concreto, concluye la Sala que en la presente acción constitucional no se controvierte acto administrativo alguno, sino la materialización del derecho al debido proceso que debe prevalecer en todas las actuaciones administrativas, toda vez, que la controversia no viene circunscrita por las actuaciones adelantadas dentro de un concurso de méritos, sino, frente al procedimiento aplicado por las entidades accionadas en la provisión de vacantes temporales. Lo cual las entidades accionadas, no realizaron los procedimientos acordes a la Ley para proveer cargos temporales. Por lo anterior, se vulneran los derechos fundamentales de la accionada, Por lo que, estima la Sala que la acción de tutela se constituye en el mecanismo idóneo para su estudio.

### **A. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

#### **1. De la acción de Tutela**

El artículo 86 de la Constitución Nacional introdujo la ACCIÓN DE TUTELA para que toda persona pueda:

*"(...) reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (...)"*

## **EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO.**

La carta pólita en su artículo 29 ha previsto, el derecho al debido proceso es un derecho fundamental, el cual se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas con el fin de que todos los integrantes de la comunidad nacional, en virtud del cumplimiento de los fines esenciales del Estado, puedan defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Constitución.

En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-010 de 2017 el Alto Tribunal Constitucional señaló que existen unas garantías mínimas en virtud del derecho al debido proceso administrativo, dentro de las cuales encontramos las siguientes: *"(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso"*

De otra parte, se tiene que en Sentencia C-034 de 2014, mantiene como hipótesis, que las garantías se encuentran relacionadas entre sí, de manera que a modo de ejemplo el principio de publicidad y la notificación de las actuaciones constituyen condición para el ejercicio del derecho de defensa, y la posibilidad de aportar y controvertir las pruebas, una herramienta indispensable para que las decisiones administrativas y judiciales se adopten sobre premisas fácticas plausibles. De esa forma se satisface también el principio de legalidad, pues solo a partir de una vigorosa discusión probatoria puede establecerse si en cada caso se configuran los supuestos de hecho previstos en las reglas legislativas y qué consecuencias jurídicas prevé el derecho para esas hipótesis.

En atención a lo expuesto, se tiene que cualquier transgresión a las garantías mínimas mencionadas anteriormente, atentaría contra los principios que gobiernan la actividad administrativa, (igualdad, imparcialidad, publicidad, moralidad y contradicción) y vulneraría los derechos fundamentales de las personas que acceden a la administración o de alguna forma quedan vinculadas por sus actuaciones y en tal medida, se hace efectiva la procedencia de la acción de tutela.

**LEY 909 DE 23 DE SEPTIEMBRE 2004** *"Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones."*

El referido acuerdo su artículo 21 de la Ley 909 de 2004 consagra los empleos temporales como una modalidad especial de empleo público distinta al concurso público y al libre nombramiento y remoción, para el cumplimiento de una de cuatro (4) finalidades:

- "a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;*
- b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;*
- c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;*
- d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución".*

De otra parte, el numeral tercero de esta misma norma contempla dos (2) procedimientos para el ingreso a estos empleos temporales:

- (i) Por regla general se deben utilizar las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter temporal.*
- (ii) De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos, cuyas características no se definen expresamente en la ley.*

### **Acuerdo 562 del 5 de enero de 2016 expedido por la CNSC.**

La CNSC mediante el Acuerdo 562 del 5 de enero de 2016 reglamentó la conformación, organización y uso de las listas de elegibles y del banco nacional de listas de elegibles para las entidades del sistema general de carrera administrativa que se rigen por la Ley 909 de 2004, dispone en su artículo 11 sobre el uso de las listas de elegibles lo siguiente:

*"Artículo 11. Corresponde a la CNSC remitir a las entidades de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores (o persona delegada para ello), la lista de personas con las cuáles se debe proveer definitivamente los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes y que hayan sido objeto del concurso y realizar el cobro respectivo, si a ello hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del presente Acuerdo.*

*Las vacancias definitivas que se generen en los empleos inicialmente provistos, con ocasión para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, o aquellas que resulten de la listas de elegibles conformada con un número menor de aspirantes al de vacantes ofertados a proveer mediante el uso de una lista de elegibles vigente, o aquellas vacantes cuyo concurso haya sido declarado desierto, serán provistas mediante uso de listas de elegibles previo agotamiento de los tres primeros órdenes de provisión establecidos por el artículo 1º del Decreto 1894 de 2012, el cual modificó el artículo 7º del Decreto 1227 de 2005 (contenido en el Decreto 1083 de 2015), y se realizará en estricto orden de mérito con los elegibles que se encuentren en la lista."*

Mientras que los artículos 14 y 15 del citado Acuerdo establecen el procedimiento a seguir para la escogencia del empleo de los elegibles cuando las vacantes se encuentran en distinta ubicación geográfica, así:

**ARTÍCULO 14. Procedibilidad para realizar la audiencia pública para escogencia de empleo.** Cuando la CNSC conforme lista de elegibles para uno o varios empleos reportados por las entidades a la Oferta Pública de Empleos de Carrera, con vacantes en diferente ubicación geográfica, se procederá a realizar la audiencia de escogencia de empleo, de acuerdo al orden de mérito establecido en la lista de elegibles y de conformidad con el instructivo que para tal efecto publique la CNSC.

**ARTÍCULO 15. Lineamientos para realizar la audiencia de escogencia de empleo.**

- 1. Publicación:** Con la publicación de la firmeza de la respectiva lista de elegibles, la CNSC indicará el empleo o empleos objeto de audiencia de escogencia de empleo, para los cuales se especificará la ubicación geográfica en que se encuentran ubicadas las vacantes a proveer.

- 2. Citación:** De conformidad con la delegación efectuada por la CNSC, la citación a la audiencia de escogencia de empleo, la realizará la entidad a través de mecanismos que garanticen la publicidad e inmediatez, en aras de cumplir el término para efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba.

El término para citar y realizar la audiencia de escogencia de empleo, no podrá superar los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que la CNSC publique la firmeza de la lista de elegibles, salvo cuando la entidad requiera realizar la audiencia de forma presencial, caso en cual contará con cinco (5) días hábiles adicionales al término fijado.

- 1. Desarrollo de la audiencia:** La audiencia de escogencia de empleo se podrá realizar de manera presencial o virtual, a elección de la entidad, para lo cual ésta debe seguir el instructivo dispuesto por la CNSC para cada una de las modalidades.

- 2. Nombramiento en período de prueba:** Una vez terminada la audiencia de asignación de empleos, la entidad procederá a realizar el nombramiento en período de prueba de los elegibles.

**PARÁGRAFO 1.** Cuando la lista se conforme con un único elegible para proveer empleos con vacantes con ubicación geográfica diferente, la audiencia de escogencia de empleo se entenderá surtida con la simple manifestación por escrito que el elegible haga de la ubicación de su preferencia, en la cual se deberá efectuar el nombramiento en período de prueba.

**PARÁGRAFO 2.** Al elegible que siendo citado a la audiencia de escogencia de empleo, no asista, no designe apoderado o no haya comunicado por escrito a la entidad, la ubicación geográfica de su preferencia, se le asignará en estricto orden de mérito, aquella que se encuentre más cercana al sitio de presentación de la prueba de competencias funcionales.

**Acuerdo 562 de 2016 creó el Banco Nacional de Listas de Elegibles como** *“un sistema de información conformado y administrado por la CNSC, el cual se integra con las listas de elegibles en firme, resultantes de los procesos de selección desarrollados por la CNSC”*

De gran relevancia resulta para la Sala el estudio del Acuerdo 562 de 2016 en su artículo 3 en el cual creó el Banco Nacional de Listas de Elegibles como *“un sistema de información conformado y administrado por la CNSC, el cual se integra con las listas de elegibles en firme, resultantes de los procesos de selección desarrollados por la CNSC”*, lo cual expone que en el caso de quienes participan en concursos de méritos, y una vez superadas todas las etapas, eliminatorias y clasificatorias de éste, hagan parte de una lista de elegibles vigentes, no obstante, no lograron ingresar al sistema de carrera administrativa de la entidad para la cual concursaron, el ordenamiento jurídico, , cuyo fin es *“proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos con ocasión de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 o aquellas que resulten de la listas de elegibles conformada con un número menor de aspirantes al de vacantes ofertados a proveer mediante el uso de una lista de elegibles vigente, o aquellas vacantes cuyo concurso haya sido declarado desierto como lo provee artículo 17 Acuerdo 562 de 2016.*

## 1. DEL CASO CONCRETO:

En primer lugar, la Sala debe resolver lo pertinente a determinar si las entidades accionadas vulneraron o no los derechos fundamentales aducidos por la accionante, quien aduce que, a pesar de ocupar el segundo lugar con un puntaje de 81.34 de elegibilidad en la lista de elegibles No CNSC - 20182120190975 del 24 de diciembre de 2018, dentro del empleo identificado en la Oferta Pública de Empleos No. 59399, denominación INSTRUCTOR, CODIGO 3010 GRADO 1, siendo actualmente elegible y con lista vigente para un cargo TEMPORAL EN EL SENA, con la denominación de instructor, no obstante, se tiene que el SENA le realizó el ofrecimiento de un solo cargo para que escogiera entre muchos individualizados, vulnerando su derecho al debido proceso, pues no se realiza una AUDIENCIA PUBLICA POR AREAS TEMATICAS, además que en los ofrecimientos realizados por el SENA no se encuentran todos los cargos temporales que actualmente existen en la entidad con la denominación de instructor.

Del estudio de los hechos narrados y del acervo probatorio se encuentra acreditado que la accionante participó de la Convocatoria No. 436 de 2017 adelantada por la CNSC para proveer una vacante del empleo de carrera denominado instructor, código 59399, código 3010 grado 1 de la planta de personal del SENA, superando todas las etapas eliminatorias de dicho concurso de méritos y encontrándose en lista de elegibles vigente para el empleo denominado con OPEC No.59399.

De otra parte, se tiene que SENA en atención a las peticiones masivas, dio respuesta en el cual manifestó que una vez creados los 800 empleos de planta temporal mediante Decreto 553 de 2017, la entidad en cumplimiento de lo señalado en el artículo 21 de Ley 909 de 2004, le solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil verificar la existencia de listas de elegibles para provisión de dichos empleos, sobre los cuales la CNSC señaló que a la fecha no existe lista de elegibles, por lo que se realizó el proceso de encargo de los funcionarios de carrera administrativa. Así mismo, destacan que la entidad les informó que, con los empleos restantes, se realizaron dos convocatorias públicas en la vigencia 2017, logrando proveer 752 empleos temporales y 48 cargos quedaron desiertos.

Así mismo, el SENA procedió a dar cumplimiento de lo señalado en el numeral 3º del artículo 21 de la Ley 909 de 2004, el artículo 2.2.5.3.5 del Decreto 1083 de 2015 y la sentencia de la Corte Constitucional C-288 del 2014, le solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC la lista de los elegibles para proveer los empleos de la planta temporal del SENA que se encuentran vacantes.

Ahora bien, la CNSC remitió los listados de elegibles para proveer las vacantes reportadas, que según lo señalado en el artículo 2.2.5.3.5 del Decreto 1083 de 2015, se elaboraron a partir de un análisis de la denominación, código y asignación básica de las vacantes de la planta temporal, sin determinar el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de los empleos de la planta temporal.

También se encuentra acreditado que el SENA en fecha 06 de octubre del año en curso remitió a la actora vía correo electrónico, en la que se le solicita su manifestación de interés o rechazo frente a la posibilidad de ser nombrada en una vacante de la planta temporal de la entidad, señalándole los términos para responder el requerimiento, así como las condiciones, requisitos y vacantes disponibles según denominación, código y asignación básica, informándoles que pueden postularse únicamente a una (1) de las vacantes relacionadas.

Frente a lo expuesto, resulta evidente que, aunque ciertamente el SENA está haciendo uso de las listas de elegibles vigentes para proveer empleos temporales con denominados instructor, código 59399, código 3010, grado 1 de la planta de personal de dicha entidad, tal procedimiento no se acompaña con lo reseñado en el artículo 21, numeral 3 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 2.2.5.3.5 en concordancia con el Acuerdo 562 de 2016 expedido por la CNSC.

Ahora bien, la Sala advierte que no reposa prueba en el plenario allegada por las accionadas que dé cuenta de la forma como se conformó la lista de elegibles para el cargo al cual aspiró la accionante en el concurso de méritos adelantado a través de la convocatoria 436 de 2017 mediante el banco nacional de listas de elegibles, atendiendo el perfil de los cargos o el puesto ocupado en la lista por el accionante, y mucho menos se programó audiencia pública para escogencia de empleo, la cual es obligatoria teniendo en cuenta que las vacantes a suplir se encuentran en distintas ubicaciones geográficas, destacándose que la audiencia puede ser realizada de manera virtual; contrario a esto, las entidades accionadas solicitaron directamente al accionante la simple manifestación por escrito de la ubicación de su preferencia respecto de sendos empleos denominación instructor, código 53399, código 3010, grado 1, procedimiento establecido en el parágrafo 1º del artículo 15 del Acuerdo 562 de 2016 solo cuando la lista se conforma con un único elegible para proveer empleos con vacantes con ubicación geográfica diferente, situación que no acontece en el presente caso, pues a la accionada le ofrecieron varios empleos en la misma sede regional.

En consecuencia, a pesar que el SENA se encuentra en proceso de ofertar los empleos de la planta temporal que se encuentran vacantes con empleados que ostentan derechos de carrera, el proceder desplegado por las entidades accionadas quebranta el derecho al debido proceso de la accionante, , porque no siguieron el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico para proveer vacantes de distintas ubicaciones geográficas respecto de concursantes que superaron todas las etapas de un concurso de méritos y que hacen parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles.

De acuerdo con lo anterior, esta colegiatura comparte la decisión por el A quo al **tutelar** el derecho fundamental al debido proceso administrativo de la señora CARMEN ALICIA ZAMBRANO NAVARRO, y ordenó: (I) COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC-, para que en un término de 48 horas, conforme un banco nacional de listas de elegibles con todas las listas de elegibles que se encuentren vigentes respecto de los empleos con denominación Instructor, código 3010, grado 1 de la entidad SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, debiendo tener en cuenta para ello los perfiles de los empleos para los que concursaron los accionantes, así como el nivel jerárquico, grado salarial, los niveles de estudio, las disciplinas, núcleos básicos del conocimiento y las competencias de cada empleo. (II) Así mismo, ordeno a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC- que dentro del término atrás otorgado, una vez consolidado el banco nacional de listas de elegibles, convoque la realización de la audiencia pública para escogencia de empleo, conforme el procedimiento establecido en el Acuerdo 562 de 2016. De igual manera. (III) SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA- verificar que los elegibles cumplan los requisitos de experiencia, estudios y demás necesarios para su nombramiento y sólo cuando éstos se cumplan, realice el nombramiento de los mismos, a partir de la lista de elegibles generada por el Banco Nacional, en estricto orden de méritos. Finalmente, (IV) EXTENDER los efectos de la presente sentencia de tutela a todos los concursantes que se encuentran en listas de elegibles vigentes de los empleos con denominación Instructor, código 3010, grado 1 de la entidad SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, que cuenten con los mismos perfiles de los empleos para los que concursaron los accionantes, así como el nivel jerárquico, grado salarial, las disciplinas, núcleos básicos del conocimiento y las competencias de cada empleo.

Por las razones expuestas, la Sala confirmara el fallo de primera instancia.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER**, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la Sentencia de fecha 23 de octubre del 2020 proferida por el Juzgado Trece Administrativo Oral de Bucaramanga, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Notifíquese el presente fallo por el medio más expedito o en la forma señalada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión y líbrese oficio al Juzgado de origen informando lo aquí resuelto.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Aprobado en Sala Virtual según Acta No. 90 /2020

**(Aprobado en forma virtual)**

**JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR**

**Magistrado**

**(Aprobado en forma virtual)**

**MILCIADES RODRÍGUEZ QUINTERO**

**Magistrado**

**(Aprobado en forma virtual)**

**SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR**

**Magistrada**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
DE BOGOTÁ D.C.  
- SALA DE FAMILIA -

Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de dos mil veinte (2.020).

Magistrado Sustanciador:

**JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ.**

**REF: ACCIÓN DE TUTELA DE DELKA  
VELASCO GONZÁLEZ CONTRA LA COMISIÓN  
NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO.**

Discutido y aprobado en sesión de Sala de fecha 21 de febrero de 2.020,  
consignada en acta No 020.

Procede la Sala a decidir lo concerniente a la impugnación interpuesta por  
DELKA VELASCO GONZÁLEZ, contra la sentencia de fecha 22 de enero de  
2.020, proferida por el Juzgado Segundo de Ejecución de sentencias en Asuntos  
de Familia de esta ciudad, dentro de la tutela de la referencia.

**I. ANTECEDENTES:**

1.- DELKA VELASCO GONZÁLEZ, presentó acción de tutela en contra de  
la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, y el Servicio Nacional de  
Aprendizaje SENA, para que, por el trámite correspondiente, se le conceda la  
tutela de los derechos constitucionales fundamentales a la dignidad humana,  
igualdad, trabajo, debido proceso administrativo, acceso a cargos y funciones  
públicas, y como consecuencia, se ordene al SENA para que cree el Banco  
Nacional de Listas de Elegibles para la convocatoria 436 de 2017 tal como está  
estipulado ACUERDO No.562 del 5 de enero de 2019; que una vez creado el  
Banco Nacional de listas de elegibles proceda a realizar el estudio funcional y la  
similitud funcional de todos los cargos declarados desiertos de la convocatoria  
436 de 2017 entidad SENA que hayan sido publicados y no publicados, para que  
posteriormente proceda a realizar los nombramientos haciendo uso de lista de  
elegibles y que si dentro del estudio funcional y de similitud funcional de todos los

cargos declarados desiertos de la convocatoria 436 de 2017 le asiste el derecho de mérito a la concursante DELKA VELASCO GONZÁLEZ debe ser nombrada en periodo de prueba en uno de esos cargos, que se le realice el nombramiento en periodo de prueba en un cargo denominado INSTRUCTOR Código 3010 grado 1 entidad SENA.

2.- Indicó como hechos los que se resumen a continuación:

2.1.- Que en cumplimiento de la ley 909 de 2004, la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, expidió el acuerdo No. 20171000000116 del 24 de julio de 2017, por medio de la cual se convocó a proceso de selección (Convocatoria 436 de 2017) para proveer por concurso de méritos, los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

2.2.- Que el literal E del artículo 11 de la Ley 909 de 2004 hace referencia a la función de la CNSC de conformar, organizar, manejar el Banco Nacional de Lista de elegibles.

2.3.- Que, teniendo en cuenta el punto anterior la CNSC expide el acuerdo 562 de 2016 ***"Por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004"***.

2.4.- Que, las etapas señaladas por la CNSC, para adelantar la Convocatoria 436 de 2017, fueron las siguientes: Convocatoria y divulgación, Inscripción, verificación de requisitos mínimos, aplicación de pruebas, sobre competencias básicas y funcionales, pruebas sobre competencias comportamentales, valoración de antecedentes, conformación de listas de elegibles, firmeza de la lista de elegibles y nombramiento en periodo de prueba.

2.5.- Que en el año 2017 se registró en el SIMO para poder participar en la convocatoria del SENA y una vez registrado en el SIMO compró el PIN y luego

se inscribió en la convocatoria 436 de 2016, con el fin de acceder por méritos al empleo y cumplió con cada una de las fases de la convocatoria antes indicada.

2.6.- Que, se inscribió presentando toda la documentación requerida tanto para demostrar los estudios y la experiencia en los tiempos establecidos y en la plataforma SIMO.

2.7.- Que se inscribió en el cargo OPEC No. 58632 denominada de instructor Código 3010 grado 1 entidad SENA con (14) cargos ofertados debido a que cumplía con los requisitos del empleo en cuanto a experiencia, estudio y el propósito del empleo.

2.8.- Que producto de la convocatoria, la CNSC se expidió la resolución de lista de elegibles No 20182120181235 del 24 de diciembre de 2018 para proveer catorce vacantes de la OPEC 58632 con la denominación de INSTRUCTOR Código 3010 grado 1 donde se encuentra ocupando el veintiunavo (21) lugar de elegibilidad con 71,57 puntos definitivos en la convocatoria.

2.9.- Que la CNSC publicó el día 15 de enero de 2019 la firmeza de la OPEC 59273 con la denominación de INSTRUCTOR Código 3010 grado 1.

2.10.- Que en marzo de 2019 presentó derecho de petición al SENA y a la CNSC solicitando información entre otras cosas sobre las vacantes declaradas desiertas y solicitando que se le asignara o nombrara en una de ellas.

2.11.- Que la CNSC el día 29 de abril de 2019 dio respuesta al derecho de petición informando:

***“Respecto a la inquietud sexta y séptima de su escrito, es pertinente resaltar que en consideración a lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 2.5.3.2 del Decreto 648 de 2017, no es procedente la provisión definitiva solicitada a través del uso de listas del Banco Nacional de Listas de Elegibles, como quiera que el decreto en comento determinó que para los***

**empleos declarados desiertos debe realizarse un nuevo proceso de selección específico.”**

**“En consonancia con lo anterior, cabe destacar que la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU-446 de 2011, analizó el tema del uso de listas de elegibles para vacantes que no fueron convocadas en un concurso, fijando en la ratio decidendi, una regla consistente en la imposibilidad de realizar uso de listas de elegibles para plazas o vacantes diferentes a las inicialmente ofertadas, pues hacerlo, implica un desconocimiento a las reglas de la convocatoria.”**

**(...)**

**“Con esta respuesta niegan el uso de lista de elegibles con los cargos declarados desiertos y que por el contrario los van a sacar nuevamente a concurso. En este punto es de mencionar que los cargos declarados desiertos fueron inicialmente ofertados en la convocatoria 436 de 2017.”**

2.12.- Que el SENA el 24 de abril de 2019 dio respuesta al derecho de petición donde le informan:

**“(…) Bajo este marco normativo, las listas de elegibles conformadas para los empleos de carrera administrativa, una vez ha culminado un proceso de selección, pueden usarse para proveer aquellas vacantes que se generen en los empleos inicialmente convocados, posibilidad que se mantiene por el tiempo de su vigencia (dos años), situación en la que se encontrarían las Listas de Elegibles conformadas para los empleos que hicieron parte de la Convocatoria No. 436 de 2017 -SENA.”**

**“En este orden, se precisa que las listas de elegibles se conforman por empleo, por lo que la CNSC, una vez culmina el proceso de selección y se realizan los nombramientos en período de prueba, no reagrupa o integra listas de orden departamental o listas generales que incluyan a los elegibles que en su oportunidad no alcanzaron el orden de elegibilidad necesario para acceder a una de las vacantes ofertadas (...).**

***“De lo anterior, se desprende, que en el evento que el elegible en primer y segundo lugar de elegibilidad se retire del servicio, dentro de la vigencia de la lista de elegibles 20182120190735 (24 de diciembre de 2021), se solicitará autorización a la CNSC para proveer el empleo con la persona que continua en orden de elegibilidad.”***

***“Por lo anterior y teniendo en cuenta que elegible en primer y segundo orden se encuentra activo a la fecha, no es viable acceder a su petición de ser vinculada en periodo de prueba en un empleo que NO fue convocado.”***

***“Ahora bien, en el evento que la CNSC se pronuncie en contrario o la normatividad se modifique, estaremos prestos a dar cumplimiento.”***

2.13.- Que con esta respuesta niegan el uso de lista de elegibles con los cargos declarados desiertos y que por el contrario los van a sacar nuevamente a concurso. En este punto es de mencionar que los cargos declarados desiertos fueron inicialmente ofertados en la convocatoria 436 de 2017.

2.14.- Que en diferentes ocasiones ha preguntado al SENA, a la CNSC respecto al uso de lista de elegibles, cargos declarados desiertos y le manifiestan que eso no se va a hacer, con lo cual vulneran el debido proceso administrativo.

2.15.- Que desde hace catorce años (14) años se ha desempeñado en el SENA como contratista y tenía la fe puesta en este concurso de méritos convocatoria 436 de 2017 pensando que si se encontraba en una lista de elegibles tenía la posibilidad de un nombramiento en periodo de prueba en un cargo declarado desierto o en un cargo temporal, pero que no ha sido así, por lo que siente burlada su buena fe.

2.16.- Que es Administradora de Empresas, especialista en negocios, internacionales, capacitación en pedagogía del SENA, y cursos

complementarlos, normas de competencia, que la acreditan como una excelente profesional, con experiencia en el SENA de 14 años, con evaluaciones sobresalientes.

2.17.- Que actualmente está en proceso de tratamiento de cáncer de seno, desde el año 2016, esta situación es compleja teniendo en cuenta que la EPS, no aporta el tratamiento y los procesos que se requieren, por lo cual le toca asumir algunos costos, paga arriendo y tiene a su cargo a su progenitora de 71 años, y el contrato actual, no le garantiza una estabilidad económica, y los dos primeros meses del año no tiene ingresos, por el tipo de contratación.

2.18.- Que actualmente encaja en los siguientes cargos declarados desiertos OPEC No 63937, 63935, 63931, 63928 63955, 63942, 60976 60968, 60056, y 59957, 58300, ya que presenta similitud funcional con su cargo actual, por lo que solicita se le asigne uno de esos cargos.

3.- El juzgado de primera instancia admitió la demanda (fol. 53 de cuaderno principal).

La **SECRETARÍA GENERAL DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA** indicó que la acción de tutela es un mecanismo excepcional que brinda la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública, pero que en el presente caso, la accionante pese haber invocado la procedencia de la acción con la finalidad de evitar un perjuicio irremediable, nunca probó que en este caso existe un perjuicio irremediable que lleve al amparo de los derechos fundamentales.

Por otro lado precisó que, la lista de elegibles conformada para los empleos de carrera administrativa una vez ha culminado el proceso de selección, puede usarse para proveer aquellas vacantes que se generan en los empleos convocados inicialmente durante la vigencia de dichas listas de elegibles de lo que se deriva que la lista de elegibles se conforman por empleo, asimismo lo señala la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante el concepto 2019-21 2010 22771, señala que una vez cumplida un proceso de selección puede

usarse para proveer aquellas vacantes que se generaron en unos empleos inicialmente convocados.

Por lo anterior, solicita se declaren improcedentes las pretensiones de la accionante atendiendo que es obligación del SENA dar cumplimiento al principio constitucional de mérito y realizar los nombramientos en periodo prueba de las personas que superan exitosamente el proceso de selección realizado por la Comisión Nacional del servicio civil a través de la convocatoria 436 de 2017.

La **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** solicitó la remisión de la presente acción de tutela a Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá como quiera que esta acción es idéntica a las presentadas por algunos ciudadanos, por lo que solicitó la remisión a dicho despacho judicial para que sea acumulada a la acción interpuesta por el señor Nelson Alexander Rojas Jiménez.

**ANDREA YULIETH PUENTES HERNÁNDEZ** manifestó que en su condición de integrante de la lista de elegibles de la convocatoria 436 de 2017, realizó todo el proceso al igual que la accionante y finalmente aprobó el nombramiento.

**MARÍA FERNANDA DÍAZ TAPIA**, indicó que desarrolló en forma transparente todo el proceso de selección de la convocatoria 436 de 2017, cumpliendo a cabalidad con los requisitos allí impuestos.

**VIVIANA DEL MAR ARANDA GUERRERO** manifestó que superó todas las etapas del concurso y ocupó la posición 7 de la lista de elegibles, razón por la cual tomó posesión del cargo en el mes de abril de 2019, superando el periodo de prueba, por lo que tiene derecho a la carrera administrativa.

**JUAN CARLOS SAAVEDRA ROMERO** manifestó que participó en la convocatoria 436 de 2017, cumpliendo con cada uno de los procesos y requerimientos que solicitaron de manera pública para el cargo de instructor.

4. - Agotado el procedimiento correspondiente, el juzgado dictó sentencia el 22 de enero de 2020 (folios 468 a 474) consideró que no era posible otorgar privilegios y cambiar la singularidad de cada OPEC, dado que estaría vulnerando el derecho fundamental a la igualdad de los demás participantes y de aquellos que como la actora están en lista de elegibles del cargo que optaron, sin que sea

viable cambiar a otro con diferentes características y requisitos, indicando además que la accionante cuenta con un mecanismo ordinario a través del cual puede atacar la legalidad del acto administrativo, por lo que negó por improcedente el amparo reclamado.

## **II. IMPUGNACIÓN:**

Por no estar conforme con la determinación, la accionante presentó impugnación reiterando argumentos expuestos en la contestación de la demanda indicando que el Juzgado de primera instancia se apartó del precedente judicial de las altas Cortes respecto del uso de la lista de elegibles con los cargos declarados desiertos de la convocatoria 436 de 2017, yendo en contra de la política pública y el nuevo Plan Nacional de Desarrollo ley 1955 de 2019, art. 263, esto es, reducir la provisionalidad en el empleo público.

## **III. CONSIDERACIONES:**

La acción de tutela ha sido instituida como procedimiento preferente y sumario, para la defensa inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, de tal suerte, que, si el juez encuentra la vulneración o amenaza del derecho, imparte la orden contra quien se interpuso la tutela.

La acción de tutela tiene por objeto proteger el derecho amenazado o vulnerado, por la acción u omisión de autoridad pública en desarrollo de sus funciones, o de los particulares en los casos señalados por la ley, por ello, la orden del juez, debe estar dirigida a corregir la situación de hecho que afectó el derecho fundamental.

Para efectos de determinar si le asiste razón o no al impugnante, repararemos, ante todo, sobre las pruebas aportadas, para luego con los argumentos de las partes analizar, si la decisión del *a quo* fue acertada, o si por el contrario hay lugar a su revocatoria.

Acerca de la procedencia de la acción de tutela, es claro que en un principio esta acción constitucional no es procedente teniendo en cuenta su naturaleza subsidiaria, puesto que existen otro mecanismo de defensa judicial, como es el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho; sin embargo,

según el art. 10 del acuerdo 562 de 2016, las listas de elegibles tiene como vigencia dos años desde el momento de su firmeza, tiempo que no es suficiente para que se eleve la reclamación ante los estrados judiciales competentes, pues como es de conocimiento público, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se encuentra congestionada, por ende, la tutela resulta idónea para la protección de los derechos de la accionante.

El artículo 130 de la Carta Magna señala que la Comisión Nacional del Servicio Civil es a responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepto aquellas que tiene régimen especial, por ello, el legislador para regular tales funciones, promulgó la ley 909 de 2006, a través de la cual reguló el empleo y la carrera administrativa, dando como función a dicha entidad entre otras la de adelantar convocatorias a concurso para el desempeño de empleos públicos.

En el mencionado precepto que reguló las facultades de la Comisión Nacional del Servicio Civil, además de la función ya descrita, impuso: **“e) Conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles; el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia; f) Remitir a las entidades, de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores, las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente, de conformidad con la información que repose en los Bancos de Datos a que se refiere el literal anterior;”**

La Comisión Nacional del Servicio Civil en uso de esas facultades legales, mediante acuerdo No 562 de 2016, reguló en el art. 11 que **“Corresponde a la CNSC remitir a las entidades de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores (o persona delegada para ello), la lista de personas con las cuáles se debe proveer definitivamente los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes y que hayan sido objeto del concurso y realizar el cobro respectivo, si a ello hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del presente Acuerdo.”**

**“Las vacancias definitivas que se generen en los empleos inicialmente provistos, con ocasión para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, o aquellas que resulten de la listas de elegibles conformada con un número menor de aspirantes al de vacantes ofertados a proveer mediante el uso de una lista de elegibles vigente, o aquellas vacantes cuyo concurso haya sido declarado desierto, serán provistas mediante uso de listas de elegibles previo agotamiento de los tres primeros órdenes de provisión establecidos por el artículo 1° del Decreto 1894 de 2012, el cual modificó el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005 (contenido en el Decreto 1083 de 2015), y se realizará en estricto orden de mérito con los elegibles que se encuentren en la lista. Subrayado fuera de texto.”**

Pretende la actora se efectúe el nombramiento en cargos vacantes, cuyo llamado a concurso fue declarado desierto a partir de la lista de elegibles en la convocatoria No 436 de 2017 del Servicio Nacional de Aprendizaje.

Para el caso que ocupa la atención la Sala, se tiene que la accionante participó en la convocatoria No 436 de 2017, para proveer la vacante del empleo denominado instructor Código 3010 grado 1 entidad SENA, OPEC No. 58632.

Que mediante resolución No 20182120181235 del 24 de diciembre de 2018 (fol. 1 a 2), la CNSC conformó la lista de elegibles para proveer catorce vacantes de la OPEC 58632 en la que la accionante ocupó el veintiunavo (21) lugar.

Sobre los nombramientos en cargos vacantes cuyo llamado a concurso fue declarado desierto la Corte Suprema de Justicia en sentencia STC10579-2019 con ponencia del Dr. Ariel Salazar Ramírez, en un caso análogo, indicó lo siguiente:

***“(...) en el caso objeto de análisis, la peticionaria participó para proveer una vacante del empleo de carrera denominado instructor, código 3010, grado 1 del SENA, identificado dentro de la Convocatoria 436 de 2017 con el No. OPEC 5855, que es el que venía desempeñando en provisionalidad.”***

***“Agotadas las etapas del proceso de selección, se conformó la lista de elegibles mediante Resolución 20182120180975 del 24 de diciembre de 2018, en donde la censora ocupó el segundo lugar, luego de que otra aspirante obtuviera***

el primero de ellos, por lo cual la privilegiada fue nombrada en periodo de prueba el 14 de febrero de 2019, acto en el cual también se desvinculó a la tutelante de la labor referenciada.”

“Sin embargo, en actos administrativos de la misma fecha, la Comisión Nacional del Servicio Civil, declaró desierta la convocatoria de empleos del cargo aludido para 34 OPEC, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 1227 de 2005 y el artículo 2.2.6.19 del Decreto 1083 de 2015, tras haberse presentado las siguientes causales: «1. Cuando no se hubiere inscrito algún aspirante o ninguno hubiere acreditado los requisitos; o 2. Cuando ningún concursante haya superado la totalidad de las pruebas eliminatorias o no haya alcanzado el puntaje mínimo total determinado para superarlo».”

“Ahora bien, el Acuerdo No. 562 de 5 de enero de 2016, por el cual «se reglamenta la conformación, organización y uso de las Listas de Elegibles y del Banco Nacional de Listas de Elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004»., dispone en su canon 11 sobre el uso de las listas de elegibles que:”

“Corresponde a la CNSC remitir a las entidades de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores (o persona delegada para ello), la lista de personas con las cuáles se debe proveer definitivamente los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes y que hayan sido objeto del concurso y realizar el cobro respectivo, si a ello hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del presente Acuerdo.”

“Las vacancias definitivas que se generen en los empleos inicialmente provistos, con ocasión para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, o aquellas que resulten de la listas de elegibles conformada con un número menor de aspirantes al de vacantes ofertados a proveer mediante el uso de una lista de elegibles vigente, o aquellas vacantes cuyo concurso haya sido declarado desierto, serán provistas mediante uso de listas de elegibles previo agotamiento de los tres primeros órdenes de provisión establecidos por el artículo 1º del Decreto 1894 de 2012, el cual modificó el artículo 7º del Decreto 1227 de 2005 (contenido en el Decreto 1083 de 2015), y se realizará en estricto orden de mérito con los elegibles que se encuentren en la lista. Subrayado fuera de texto.”

“Expuesto a lo anterior, es claro para la Sala que en el asunto motivo de reproche, se declaró desierta la convocatoria para 34 vacantes del cargo

mencionado en líneas atrás, razón por la cual debía continuarse con el procedimiento establecido en el Acuerdo No. 562 de 2016.”

“Es pertinente traer a colación pronunciamiento de acción de tutela del Consejo de Estado, Sección segunda – Subsección A, bajo el radicado 25000-23-36-000-2017-00240-01 del Consejero Ponente Gabriel Valbuena Hernández, del día 27 de abril de 2017, quien en un asunto que guarda analogía con el que ahora nos ocupa, indicó el proceso que debían seguir las respectivas entidades para proveer las listas de elegibles para las OPEC que hubieren sido declaradas desiertas, para lo cual estimo que:”

“Ahora bien, en este caso, se declaró desierta la convocatoria para los cargos de Profesional, Gestor T1, Grado 11, identificados con los Nos. OPEC 206904 y 206929, razón por la cual debía continuarse con el procedimiento establecido en el Acuerdo No. 562 de 2016. Es decir:”

“1. Agotar los tres primeros órdenes de provisión establecidos por el artículo 1º del Decreto 1894 de 2012, el cual modificó el artículo 7º del Decreto 1227 de 2005 (contenido en el Decreto 1083 de 2015), norma que dispone:”

“«Artículo 1º. Modifícase el artículo 7º del Decreto número 1227 de 2005, el cual quedará así:”

“Artículo 7º. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:”

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

“7.2 Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.”

“7.3 Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.”

7.4 Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.”

“Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.”

(...)).

"2. Agotado el orden anterior y en atención a que se declaró desierta la convocatoria para las vacantes restantes de las OPEC 206904 y 206929, deberá realizarse el nombramiento a través de listas de elegibles conformadas para la entidad respectiva y en estricto orden de méritos, conforme se colige del artículo 25 del Acuerdo 562 de 2016."

"En efecto, la citada norma indica que las entidades no podrán modificar el Manual de Funciones de los empleos para los cuales la CNSC haya declarado desierto su concurso, hasta tanto no se haya verificado y certificado que (i) no existen listas de elegibles vigentes para la entidad o (ii) en el Banco Nacional de Listas de Elegibles, que puedan ser usadas para su provisión."

"3. Superado el tercer orden previsto en el artículo 1º del Decreto 1894 de 2012, el cual modificó el artículo 7º del Decreto 1227 de 2005 y ante la imposibilidad de proveer el empleo con listas de elegibles conformadas para la entidad respectiva, procederá el uso de listas generales de elegibles que integran el Banco Nacional de Listas de Elegibles, conforme a lo señalado en el artículo 23 del Acuerdo 562 de 2016."

"Conforme a las normas descritas es evidente, que en la Convocatoria No. 318 de 2014, se ofertaron 25 cargos de nivel Profesional Gestor T1, Código 11. El accionante participó para uno de esos cargos identificado con el No. OPEC 206944, sin embargo, allí se ofertó una vacante, pero él ocupó el segundo lugar de la lista de elegibles y quien quedó en primer lugar aceptó el nombramiento."

"Por ello, siendo declarada desierta la convocatoria para los cargos nivel Profesional Gestor T1, Código 11, igualmente ofertados en la misma convocatoria, identificados con Nos. OPEC 206904 y 206929, era válido que ante la solicitud del accionante, la Comisión Nacional del Servicio Civil remitiera a la Agencia Nacional de Minería la lista de elegibles vigente para la entidad y ésta analizara si el accionante cumplía los requisitos mínimos de estudios y experiencia establecidos para el empleo declarado desierto y comunicar dicha decisión a la CNSC."

"4. Por consiguiente, es preciso afirmar, que es deber de la Comisión Nacional del Servicio Civil, remitir al Servicio Nacional de Aprendizaje Sena, la lista de elegibles vigente para los cargos ofertados en la misma convocatoria, toda vez que los OPEC declarados desiertos, ostentan igual naturaleza y denominación al cargo al cual aspiró la promotora, a fin de que tal entidad verifique el cumplimiento de requisitos de experiencia, estudios y demás; y sólo

cuando éstos se cumplan, podrá proceder al nombramiento de la accionante, a partir de la lista de elegibles generada por el Banco Nacional, en estricto orden de méritos." (Negrilla y subrayado propio)."

Siguiendo el anterior precedente jurisprudencial, esta Sala revocará el fallo impugnado y se accederá a los derechos fundamentales invocados de la accionante, pues el argumento que tuvo como base el a quo para negar la tutela de la actora, carece de asidero jurídico para salvaguardar los derechos fundamentales reclamados, pues es cierto como lo indicó el juez, la señora Velasco González cuenta con las acciones pertinentes como lo es la acción de restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; sin embargo, esta vía no es la más expedita para conseguir la salvaguarda de sus derechos, habida consideración que la lista conforme el art. 10 del acuerdo 562 de 2016 tiene una vigencia de dos años contados a partir de su firmeza, tiempo que se estima insuficiente para que se pronuncie la Rama Judicial.

Ahora bien: de los documentos aportados por el SENA en la contestación, obra respuesta al derecho de petición a folios 67 y 68 del cuaderno de la primera instancia por parte de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, en el que se relaciona un listado de los empleos declarados desiertos por nivel jerárquico y código OPEC de la convocatoria No 436 de 2017; sin embargo, no se tiene conocimiento si la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL surtió el trámite que sobre el particular reguló la norma antes citada, pues guardó silencio y dedicó su defensa a manifestar que se debía remitir el expediente al Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá porque se trataba de una acción idéntica a las presentadas por algunos ciudadanos, por lo que se tendrán por ciertos los hechos de la demanda (art. 20 decreto 2591 de 1991), esto es, que no se surtió el trámite previsto en la ley, con el cual se garantiza el derecho al debido proceso.

Por tanto, deberá la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL en conjunto con el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, atendiendo su competencia, y acorde a los estipulado en el artículo 1 del Decreto 1894 de 2012, proceder a verificar los requisitos de los cargos y si es del caso emitir una nueva

lista a partir de las listas de elegibles vigentes, para efectos de proveer las OPEC declaradas desiertas.

Por lo anterior, se revocará la decisión impugnada y se amparará el derecho fundamental de la actora al debido proceso, y como consecuencia se ordenará COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, que en el término de dos (2) meses, adelanten el procedimiento respectivo, para suplir los cargos de INSTRUCTOR, declarados desiertos, por lo que deberá la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, remitir al SENA, las listas de elegibles vigentes para la entidad; y será obligación del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, analizar si la señora Delka Velasco González cumple con los requisitos establecidos para el empleo declarado desierto y una vez agotado el trámite respectivo la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, podrá autorizar el nombramiento y posesión si a ello diera lugar, atendiendo el orden de la lista de elegibles si se llegare a emitir.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **IV. RESUELVE:**

1.- **REVOCAR** conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia la sentencia de fecha 22 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo de Ejecución de sentencias en Asuntos de Familia de esta ciudad, dentro de la tutela de la referencia, para en su lugar:

a. **TUTELAR** el derecho fundamental al debido proceso de Doña Delka Velasco González, en contra COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA; y en consecuencia, se ordena a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, que en el término de dos (2) meses, adelanten el procedimiento respectivo, para suplir los cargos de INSTRUCTOR, declarados desiertos, por lo que deberá la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, remitir al SENA, las listas de elegibles vigentes para la entidad; y será obligación del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA, analizar si la

señora Delka Velasco González cumple con los requisitos establecidos para el empleo declarado desierto y una vez agotado el trámite respectivo la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, podrá autorizar el nombramiento y posesión si a ello diera lugar, atendiendo el orden de la lista de elegibles si se llegare a emitir.

2.- **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de la sentencia.

3.- **NOTIFICAR** legalmente la providencia a las partes interesadas. Comunicar al juzgado de primera instancia la decisión tomada en esta providencia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados

**JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ**

**CARLOS ALEJO BARRERA ARIAS - NUBIA ÁNGELA BURGOS DÍAZ**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,  
SALA DE FAMILIA

Avenida Calle 24 No. 53-28, Torre C, Piso 3, oficina 307 Tel: 4233390 Ext. 8376 fax 8373  
[secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Bogotá D. C., 03 de marzo de 2020

Oficio No. 0686 -L

Doctor

**GABRIEL DARIO JURIS GÓMEZ**

**JUEZ SEGUNDO DE EJECUCIÓN EN ASUNTOS DE FAMILIA**

[J02ejfbta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:J02ejfbta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

[ofapjefbog@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:ofapjefbog@cendoj.ramajudicial.gov.co)

**Ref. Notificación fallo de tutela rad. 11001-34-10-002-2019-00053-02**

Por medio del presente, me permito comunicarle que mediante providencia de fecha tres (03) de marzo del año dos mil veinte (2020) en sala presidida por el Honorable Magistrado Dr. **JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ**, dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** de **DELKA VELÁSICO GONZÁLEZ** en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO**, se dispuso:

**1.- REVOCAR** conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia la sentencia de fecha 22 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo (2) de Ejecución de Sentencias en Asuntos de Familia de esta ciudad, dentro de la tutela de la referencia, para en su lugar:

a. **TUTELAR** el derecho fundamental al debido proceso de Doña DELKA VELASCO GONZÁLEZ en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-; y en consecuencia se ordena a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, que en el término de dos (2) meses, adelanten el procedimiento respectivo, para suplir los cargos de INSTRUCTOR, declarados desiertos, por lo que deberá la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, remitir al SENA, la lista de elegibles vigentes para la entidad; y será obligación del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, analizar si la señora DELKA VELASCO GONZÁLEZ cumple con los requisitos establecidos para el empleo declarado desierto y una vez agotado el trámite respectivo la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, podrá autorizar el nombramiento y posesión si a ello diera lugar, atendiendo el orden de la lista de elegibles si se legare a emitir.

**2.- REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de la sentencia.

**3.- NOTIFICAR**, legalmente la providencia a las partes interesadas y mediante oficio a la Juez de primera instancia la decisión tomada en esta providencia.

Para los fines pertinentes me permito remitirle copias de la referida providencia, en 16 folios.

Atentamente,

**CARLOS ALBERTO URIBE VILLEGAS**  
SECRETARIO

Anexo: Lo Anunciado





TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,  
SALA DE FAMILIA

Avenida Calle 24 No. 53-28, Torre C, Piso 3, oficina 307 Tel: 4233390 Ext. 8376 fax 8373  
[secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Bogotá D. C., 03 de marzo de 2020

Oficio No. 0687 -L

Señora  
**DELKA VELÁSICO GONZÁLEZ**  
[delkavego@hotmail.com](mailto:delkavego@hotmail.com)  
[delkavelasco@misena.edu.co](mailto:delkavelasco@misena.edu.co)

**Ref. Notificación fallo de tutela rad. 11001-34-10-002-2019-00053-02**

Por medio del presente, me permito comunicarle que mediante providencia de fecha tres (03) de marzo del año dos mil veinte (2020) en sala presidida por el Honorable Magistrado Dr. **JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ**, dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** de **DELKA VELÁSICO GONZÁLEZ** en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO**, se dispuso:

**1.- REVOCAR** conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia la sentencia de fecha 22 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo (2) de Ejecución de Sentencias en Asuntos de Familia de esta ciudad, dentro de la tutela de la referencia, para en su lugar:

a. **TUTELAR** el derecho fundamental al debido proceso de Doña DELKA VELASCO GONZÁLEZ en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-; y en consecuencia se ordena a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, que en el término de dos (2) meses, adelanten el procedimiento respectivo, para suplir los cargos de INSTRUCTOR, declarados desiertos, por lo que deberá la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, remitir al SENA, la lista de elegibles vigentes para la entidad; y será obligación del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, analizar si la señora DELKA VELASCO GONZÁLEZ cumple con los requisitos establecidos para el empleo declarado desierto y una vez agotado el trámite respectivo la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, podrá autorizar el nombramiento y posesión si a ello diera lugar, atendiendo el orden de la lista de elegibles si se legare a emitir.

**2.- REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de la sentencia.

**3.- NOTIFICAR**, legalmente la providencia a las partes interesadas y mediante oficio a la Juez de primera instancia la decisión tomada en esta providencia.

Para los fines pertinentes me permito remitirle copias de la referida providencia, en 16 folios.

Atentamente,

**CARLOS ALBERTO URIBE VILLEGAS**  
SECRETARIO



Anexo: Lo Anunciado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,  
SALA DE FAMILIA

Avenida Calle 24 No. 53-28, Torre C, Piso 3, oficina 307 Tel: 4233390 Ext. 8376 fax 8373  
[secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Bogotá D. C., 03 de marzo de 2020

Oficio No. 0688 -L

Señor

**ARINEL VILLALOBOS RIVERO**  
[arinelvillalobos@hotmail.com](mailto:arinelvillalobos@hotmail.com)

**Ref. Notificación fallo de tutela rad. 11001-34-10-002-2019-00053-02**

Por medio del presente, me permito comunicarle que mediante providencia de fecha tres (03) de marzo del año dos mil veinte (2020) en sala presidida por el Honorable Magistrado Dr. **JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ**, dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** de **DELKA VELÁSICO GONZÁLEZ** en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO**, se dispuso:

**1.- REVOCAR** conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia la sentencia de fecha 22 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo (2) de Ejecución de Sentencias en Asuntos de Familia de esta ciudad, dentro de la tutela de la referencia, para en su lugar:

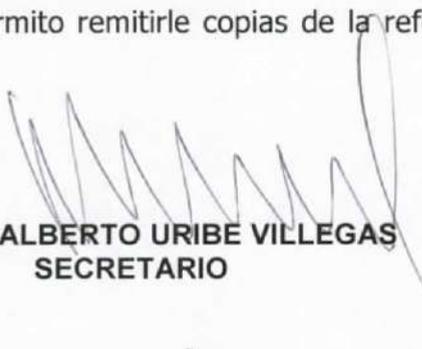
a. **TUTELAR** el derecho fundamental al debido proceso de Doña DELKA VELASCO GONZÁLEZ en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-; y en consecuencia se ordena a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, que en el término de dos (2) meses, adelanten el procedimiento respectivo, para suplir los cargos de INSTRUCTOR, declarados desiertos, por lo que deberá la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, remitir al SENA, la lista de elegibles vigentes para la entidad; y será obligación del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, analizar si la señora DELKA VELASCO GONZÁLEZ cumple con los requisitos establecidos para el empleo declarado desierto y una vez agotado el trámite respectivo la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, podrá autorizar el nombramiento y posesión si a ello diera lugar, atendiendo el orden de la lista de elegibles si se legare a emitir.

**2.- REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de la sentencia.

**3.- NOTIFICAR**, legalmente la providencia a las partes interesadas y mediante oficio a la Juez de primera instancia la decisión tomada en esta providencia.

Para los fines pertinentes me permito remitirle copias de la referida providencia, en 16 folios.

Atentamente,

  
**CARLOS ALBERTO URIBE VILLEGAS**  
SECRETARIO



Anexo: Lo Anunciado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,  
SALA DE FAMILIA

Avenida Calle 24 No. 53-28, Torre C, Piso 3, oficina 307 Tel: 4233390 Ext. 8376 fax 8373  
[secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Bogotá D. C., 03 de marzo de 2020

Oficio No. 0689 –L

Señora

**SANDRA LILIANA CABEZAS QUEVEDO**  
[sandritacq9@gmail.com](mailto:sandritacq9@gmail.com)

**Ref. Notificación fallo de tutela rad. 11001-34-10-002-2019-00053-02**

Por medio del presente, me permito comunicarle que mediante providencia de fecha tres (03) de marzo del año dos mil veinte (2020) en sala presidida por el Honorable Magistrado Dr. **JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ**, dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** de **DELKA VELÁSICO GONZÁLEZ** en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO**, se dispuso:

**1.- REVOCAR** conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia la sentencia de fecha 22 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo (2) de Ejecución de Sentencias en Asuntos de Familia de esta ciudad, dentro de la tutela de la referencia, para en su lugar:

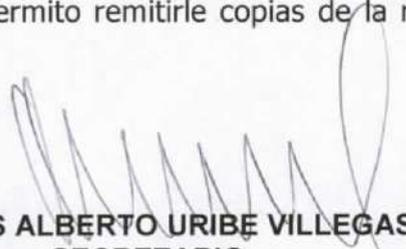
a. **TUTELAR** el derecho fundamental al debido proceso de Doña DELKA VELASCO GONZÁLEZ en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-; y en consecuencia se ordena a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, que en el término de dos (2) meses, adelanten el procedimiento respectivo, para suplir los cargos de INSTRUCTOR, declarados desiertos, por lo que deberá la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, remitir al SENA, la lista de elegibles vigentes para la entidad; y será obligación del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, analizar si la señora DELKA VELASCO GONZÁLEZ cumple con los requisitos establecidos para el empleo declarado desierto y una vez agotado el trámite respectivo la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, podrá autorizar el nombramiento y posesión si a ello diera lugar, atendiendo el orden de la lista de elegibles si se legare a emitir.

**2.- REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de la sentencia.

**3.- NOTIFICAR**, legalmente la providencia a las partes interesadas y mediante oficio a la Juez de primera instancia la decisión tomada en esta providencia.

Para los fines pertinentes me permito remitirle copias de la referida providencia, en 16 folios.

Atentamente,

  
**CARLOS ALBERTO URIBE VILLEGAS**  
SECRETARIO



Anexo: Lo Anunciado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,  
SALA DE FAMILIA  
Avenida Calle 24 No. 53-28, Torre C, Piso 3, oficina 307 Tel: 4233390 Ext. 8376 fax 8373  
[secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Bogotá D. C., 03 de marzo de 2020

Oficio No. 0690 –L

Señora  
**DIANA MARITZA RODRÍGUEZ ESQUIVEL**  
[diana.rodriqueze@gmail.com](mailto:diana.rodriqueze@gmail.com)

**Ref. Notificación fallo de tutela rad. 11001-34-10-002-2019-00053-02**

Por medio del presente, me permito comunicarle que mediante providencia de fecha tres (03) de marzo del año dos mil veinte (2020) en sala presidida por el Honorable Magistrado Dr. **JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ**, dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** de **DELKA VELÁSICO GONZÁLEZ** en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO**, se dispuso:

**1.- REVOCAR** conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia la sentencia de fecha 22 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo (2) de Ejecución de Sentencias en Asuntos de Familia de esta ciudad, dentro de la tutela de la referencia, para en su lugar:

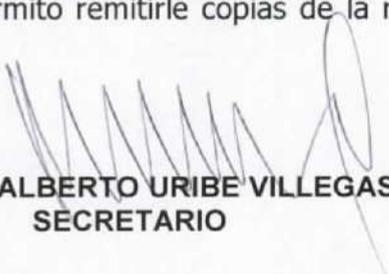
a. **TUTELAR** el derecho fundamental al debido proceso de Doña DELKA VELASCO GONZÁLEZ en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-; y en consecuencia se ordena a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, que en el término de dos (2) meses, adelanten el procedimiento respectivo, para suplir los cargos de INSTRUCTOR, declarados desiertos, por lo que deberá la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, remitir al SENA, la lista de elegibles vigentes para la entidad; y será obligación del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, analizar si la señora DELKA VELASCO GONZÁLEZ cumple con los requisitos establecidos para el empleo declarado desierto y una vez agotado el trámite respectivo la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, podrá autorizar el nombramiento y posesión si a ello diera lugar, atendiendo el orden de la lista de elegibles si se legare a emitir.

**2.- REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de la sentencia.

**3.- NOTIFICAR**, legalmente la providencia a las partes interesadas y mediante oficio a la Juez de primera instancia la decisión tomada en esta providencia.

Para los fines pertinentes me permito remitirle copias de la referida providencia, en 16 folios.

Atentamente,

  
**CARLOS ALBERTO URIBE VILLEGAS**  
SECRETARIO

Anexo: Lo Anunciado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,  
SALA DE FAMILIA

Avenida Calle 24 No. 53-28, Torre C, Piso 3, oficina 307 Tel: 4233390 Ext. 8376 fax 8373  
[secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Bogotá D. C., 03 de marzo de 2020

Oficio No. 0691 -L

Señor

**DIEGO ARMANDO VANEGAS DUQUE**  
[davanegas0@misena.edu.co](mailto:davanegas0@misena.edu.co)

**Ref. Notificación fallo de tutela rad. 11001-34-10-002-2019-00053-02**

Por medio del presente, me permito comunicarle que mediante providencia de fecha tres (03) de marzo del año dos mil veinte (2020) en sala presidida por el Honorable Magistrado Dr. **JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ**, dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** de **DELKA VELÁSICO GONZÁLEZ** en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO**, se dispuso:

**1.- REVOCAR** conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia la sentencia de fecha 22 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo (2) de Ejecución de Sentencias en Asuntos de Familia de esta ciudad, dentro de la tutela de la referencia, para en su lugar:

a. **TUTELAR** el derecho fundamental al debido proceso de Doña DELKA VELASCO GONZÁLEZ en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-; y en consecuencia se ordena a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, que en el término de dos (2) meses, adelanten el procedimiento respectivo, para suplir los cargos de INSTRUCTOR, declarados desiertos, por lo que deberá la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, remitir al SENA, la lista de elegibles vigentes para la entidad; y será obligación del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, analizar si la señora DELKA VELASCO GONZÁLEZ cumple con los requisitos establecidos para el empleo declarado desierto y una vez agotado el trámite respectivo la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, podrá autorizar el nombramiento y posesión si a ello diera lugar, atendiendo el orden de la lista de elegibles si se legare a emitir.

**2.- REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de la sentencia.

**3.- NOTIFICAR**, legalmente la providencia a las partes interesadas y mediante oficio a la Juez de primera instancia la decisión tomada en esta providencia.

Para los fines pertinentes me permito remitirle copias de la referida providencia, en 16 folios.

Atentamente,

  
**CARLOS ALBERTO URIBE VILLEGAS**  
SECRETARIO

Anexo: Lo Anunciado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,  
SALA DE FAMILIA

Avenida Calle 24 No. 53-28, Torre C, Piso 3, oficina 307 Tel: 4233390 Ext. 8376 fax 8373  
[secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Bogotá D. C., 03 de marzo de 2020

Oficio No. 0692 -L

Señora  
**MARÍA SOLEDAD CORTÉS LEAÑO**  
[marisolcortes06@gmail.com](mailto:marisolcortes06@gmail.com)

**Ref. Notificación fallo de tutela rad. 11001-34-10-002-2019-00053-02**

Por medio del presente, me permito comunicarle que mediante providencia de fecha tres (03) de marzo del año dos mil veinte (2020) en sala presidida por el Honorable Magistrado Dr. **JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ**, dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** de **DELKA VELÁSICO GONZÁLEZ** en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO**, se dispuso:

**1.- REVOCAR** conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia la sentencia de fecha 22 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo (2) de Ejecución de Sentencias en Asuntos de Familia de esta ciudad, dentro de la tutela de la referencia, para en su lugar:

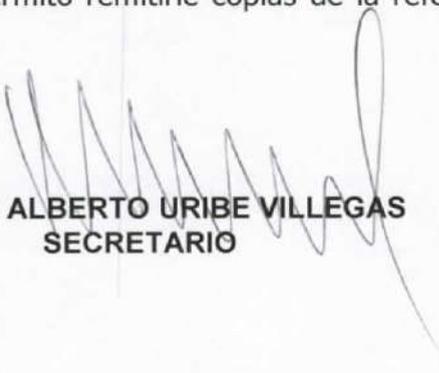
a. **TUTELAR** el derecho fundamental al debido proceso de Doña DELKA VELASCO GONZÁLEZ en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-; y en consecuencia se ordena a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, que en el término de dos (2) meses, adelanten el procedimiento respectivo, para suplir los cargos de INSTRUCTOR, declarados desiertos, por lo que deberá la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, remitir al SENA, la lista de elegibles vigentes para la entidad; y será obligación del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, analizar si la señora DELKA VELASCO GONZÁLEZ cumple con los requisitos establecidos para el empleo declarado desierto y una vez agotado el trámite respectivo la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, podrá autorizar el nombramiento y posesión si a ello diera lugar, atendiendo el orden de la lista de elegibles si se legare a emitir.

**2.- REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de la sentencia.

**3.- NOTIFICAR**, legalmente la providencia a las partes interesadas y mediante oficio a la Juez de primera instancia la decisión tomada en esta providencia.

Para los fines pertinentes me permito remitirle copias de la referida providencia, en 16 folios.

Atentamente,

  
**CARLOS ALBERTO URIBE VILLEGAS**  
SECRETARIO

Anexo: Lo Anunciado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,  
SALA DE FAMILIA

Avenida Calle 24 No. 53-28, Torre C, Piso 3, oficina 307 Tel: 4233390 Ext. 8376 fax 8373  
[secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Bogotá D. C., 03 de marzo de 2020

Oficio No. 0693 -L

Señora

**MARGARET JOHANNA UQUILLAS PAREDES**  
[argaretuquillas@gmail.com](mailto:argaretuquillas@gmail.com)

**Ref. Notificación fallo de tutela rad. 11001-34-10-002-2019-00053-02**

Por medio del presente, me permito comunicarle que mediante providencia de fecha tres (03) de marzo del año dos mil veinte (2020) en sala presidida por el Honorable Magistrado Dr. **JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ**, dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** de **DELKA VELÁSICO GONZÁLEZ** en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO**, se dispuso:

**1.- REVOCAR** conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia la sentencia de fecha 22 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo (2) de Ejecución de Sentencias en Asuntos de Familia de esta ciudad, dentro de la tutela de la referencia, para en su lugar:

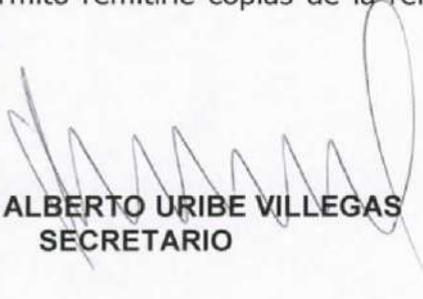
a. **TUTELAR** el derecho fundamental al debido proceso de Doña DELKA VELASCO GONZÁLEZ en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-; y en consecuencia se ordena a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, que en el término de dos (2) meses, adelanten el procedimiento respectivo, para suplir los cargos de INSTRUCTOR, declarados desiertos, por lo que deberá la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, remitir al SENA, la lista de elegibles vigentes para la entidad; y será obligación del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, analizar si la señora DELKA VELASCO GONZÁLEZ cumple con los requisitos establecidos para el empleo declarado desierto y una vez agotado el trámite respectivo la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, podrá autorizar el nombramiento y posesión si a ello diera lugar, atendiendo el orden de la lista de elegibles si se legare a emitir.

**2.- REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de la sentencia.

**3.- NOTIFICAR**, legalmente la providencia a las partes interesadas y mediante oficio a la Juez de primera instancia la decisión tomada en esta providencia.

Para los fines pertinentes me permito remitirle copias de la referida providencia, en 16 folios.

Atentamente,

  
**CARLOS ALBERTO URIBE VILLEGAS**  
SECRETARIO

Anexo: Lo Anunciado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,  
SALA DE FAMILIA

Avenida Calle 24 No. 53-28, Torre C, Piso 3, oficina 307 Tel: 4233390 Ext. 8376 fax 8373  
[secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Bogotá D. C., 03 de marzo de 2020

Oficio No. 0694 –L

Señora  
**VIVIANA CAROLINA ROMÁN RESTREPO**  
[vcroman@misena.edu.co](mailto:vcroman@misena.edu.co)

**Ref. Notificación fallo de tutela rad. 11001-34-10-002-2019-00053-02**

Por medio del presente, me permito comunicarle que mediante providencia de fecha tres (03) de marzo del año dos mil veinte (2020) en sala presidida por el Honorable Magistrado Dr. **JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ**, dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** de **DELKA VELÁSICO GONZÁLEZ** en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO**, se dispuso:

**1.- REVOCAR** conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia la sentencia de fecha 22 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo (2) de Ejecución de Sentencias en Asuntos de Familia de esta ciudad, dentro de la tutela de la referencia, para en su lugar:

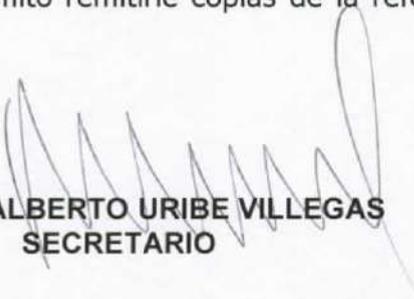
a. **TUTELAR** el derecho fundamental al debido proceso de Doña DELKA VELASCO GONZÁLEZ en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-; y en consecuencia se ordena a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, que en el término de dos (2) meses, adelanten el procedimiento respectivo, para suplir los cargos de INSTRUCTOR, declarados desiertos, por lo que deberá la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, remitir al SENA, la lista de elegibles vigentes para la entidad; y será obligación del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, analizar si la señora DELKA VELASCO GONZÁLEZ cumple con los requisitos establecidos para el empleo declarado desierto y una vez agotado el trámite respectivo la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, podrá autorizar el nombramiento y posesión si a ello diera lugar, atendiendo el orden de la lista de elegibles si se legare a emitir.

**2.- REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de la sentencia.

**3.- NOTIFICAR**, legalmente la providencia a las partes interesadas y mediante oficio a la Juez de primera instancia la decisión tomada en esta providencia.

Para los fines pertinentes me permito remitirle copias de la referida providencia, en 16 folios.

Atentamente,

  
**CARLOS ALBERTO URIBE VILLEGAS**  
SECRETARIO

Anexo: Lo Anunciado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,  
SALA DE FAMILIA

Avenida Calle 24 No. 53-28, Torre C, Piso 3, oficina 307 Tel: 4233390 Ext. 8376 fax 8373  
[secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Bogotá D. C., 03 de marzo de 2020

Oficio No. 0695 -L

Señor

**MARCOS CABARCA VELÁSQUEZ**  
[mcabarcasv@hotmail.com](mailto:mcabarcasv@hotmail.com)

**Ref. Notificación fallo de tutela rad. 11001-34-10-002-2019-00053-02**

Por medio del presente, me permito comunicarle que mediante providencia de fecha tres (03) de marzo del año dos mil veinte (2020) en sala presidida por el Honorable Magistrado Dr. **JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ**, dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** de **DELKA VELÁSQUEZ GONZÁLEZ** en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO**, se dispuso:

**1.- REVOCAR** conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia la sentencia de fecha 22 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo (2) de Ejecución de Sentencias en Asuntos de Familia de esta ciudad, dentro de la tutela de la referencia, para en su lugar:

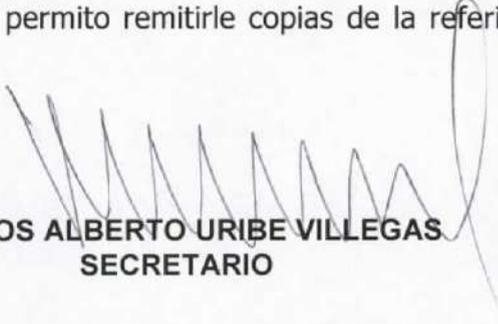
a. **TUTELAR** el derecho fundamental al debido proceso de Doña DELKA VELASCO GONZÁLEZ en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-; y en consecuencia se ordena a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, que en el término de dos (2) meses, adelanten el procedimiento respectivo, para suplir los cargos de INSTRUCTOR, declarados desiertos, por lo que deberá la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, remitir al SENA, la lista de elegibles vigentes para la entidad; y será obligación del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, analizar si la señora DELKA VELASCO GONZÁLEZ cumple con los requisitos establecidos para el empleo declarado desierto y una vez agotado el trámite respectivo la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, podrá autorizar el nombramiento y posesión si a ello diera lugar, atendiendo el orden de la lista de elegibles si se legare a emitir.

**2.- REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de la sentencia.

**3.- NOTIFICAR**, legalmente la providencia a las partes interesadas y mediante oficio a la Juez de primera instancia la decisión tomada en esta providencia.

Para los fines pertinentes me permito remitirle copias de la referida providencia, en 16 folios.

Atentamente,

  
**CARLOS ALBERTO URIBE VILLEGAS**  
SECRETARIO

Anexo: Lo Anunciado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,  
SALA DE FAMILIA

Avenida Calle 24 No. 53-28, Torre C, Piso 3, oficina 307 Tel: 4233390 Ext. 8376 fax 8373  
[secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Bogotá D. C., 03 de marzo de 2020

Oficio No. 0696 -L

Señora

**MARTHA MARGARITA BRACHO TOVAR**

[Mabrato05@hotmail.com](mailto:Mabrato05@hotmail.com)

**Ref. Notificación fallo de tutela rad. 11001-34-10-002-2019-00053-02**

Por medio del presente, me permito comunicarle que mediante providencia de fecha tres (03) de marzo del año dos mil veinte (2020) en sala presidida por el Honorable Magistrado Dr. **JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ**, dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** de **DELKA VELÁSICO GONZÁLEZ** en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO**, se dispuso:

**1.- REVOCAR** conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia la sentencia de fecha 22 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo (2) de Ejecución de Sentencias en Asuntos de Familia de esta ciudad, dentro de la tutela de la referencia, para en su lugar:

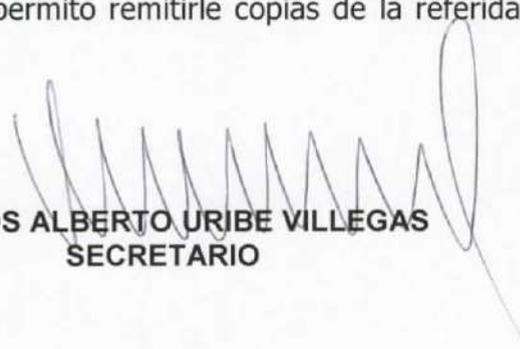
a. **TUTELAR** el derecho fundamental al debido proceso de Doña DELKA VELASCO GONZÁLEZ en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-; y en consecuencia se ordena a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, que en el término de dos (2) meses, adelanten el procedimiento respectivo, para suplir los cargos de INSTRUCTOR, declarados desiertos, por lo que deberá la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, remitir al SENA, la lista de elegibles vigentes para la entidad; y será obligación del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, analizar si la señora DELKA VELASCO GONZÁLEZ cumple con los requisitos establecidos para el empleo declarado desierto y una vez agotado el trámite respectivo la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, podrá autorizar el nombramiento y posesión si a ello diera lugar, atendiendo el orden de la lista de elegibles si se legare a emitir.

**2.- REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de la sentencia.

**3.- NOTIFICAR**, legalmente la providencia a las partes interesadas y mediante oficio a la Juez de primera instancia la decisión tomada en esta providencia.

Para los fines pertinentes me permito remitirle copias de la referida providencia, en 16 folios.

Atentamente,

  
**CARLOS ALBERTO URIBE VILLEGAS**  
SECRETARIO

Anexo: Lo Anunciado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,  
SALA DE FAMILIA

Avenida Calle 24 No. 53-28, Torre C, Piso 3, oficina 307 Tel: 4233390 Ext. 8376 fax 8373  
[secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Bogotá D. C., 03 de marzo de 2020

Oficio No. 0697 -L

Señora

**MARÍA MÓNICA GÁMEZ ROCA**

[Maria\\_gamezr@hotmail.com](mailto:Maria_gamezr@hotmail.com)

**Ref. Notificación fallo de tutela rad. 11001-34-10-002-2019-00053-02**

Por medio del presente, me permito comunicarle que mediante providencia de fecha tres (03) de marzo del año dos mil veinte (2020) en sala presidida por el Honorable Magistrado Dr. **JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ**, dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** de **DELKA VELÁSICO GONZÁLEZ** en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO**, se dispuso:

**1.- REVOCAR** conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia la sentencia de fecha 22 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo (2) de Ejecución de Sentencias en Asuntos de Familia de esta ciudad, dentro de la tutela de la referencia, para en su lugar:

a. **TUTELAR** el derecho fundamental al debido proceso de Doña DELKA VELASCO GONZÁLEZ en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-; y en consecuencia se ordena a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, que en el término de dos (2) meses, adelanten el procedimiento respectivo, para suplir los cargos de INSTRUCTOR, declarados desiertos, por lo que deberá la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, remitir al SENA, la lista de elegibles vigentes para la entidad; y será obligación del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, analizar si la señora DELKA VELASCO GONZÁLEZ cumple con los requisitos establecidos para el empleo declarado desierto y una vez agotado el trámite respectivo la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, podrá autorizar el nombramiento y posesión si a ello diera lugar, atendiendo el orden de la lista de elegibles si se legare a emitir.

**2.- REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de la sentencia.

**3.- NOTIFICAR**, legalmente la providencia a las partes interesadas y mediante oficio a la Juez de primera instancia la decisión tomada en esta providencia.

Para los fines pertinentes me permito remitirle copias de la referida providencia, en 16 folios.

Atentamente,

  
**CARLOS ALBERTO URIBE VILLEGAS**  
SECRETARIO

Anexo: Lo Anunciado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,  
SALA DE FAMILIA

Avenida Calle 24 No. 53-28, Torre C, Piso 3, oficina 307 Tel: 4233390 Ext. 8376 fax 8373  
[secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Bogotá D. C., 03 de marzo de 2020

Oficio No. 0698 –L

Señor

**AUDARIS AMARA CASTILLO**  
[daron24@hotmail.com](mailto:daron24@hotmail.com)

**Ref. Notificación fallo de tutela rad. 11001-34-10-002-2019-00053-02**

Por medio del presente, me permito comunicarle que mediante providencia de fecha tres (03) de marzo del año dos mil veinte (2020) en sala presidida por el Honorable Magistrado Dr. **JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ**, dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** de **DELKA VELÁSICO GONZÁLEZ** en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO**, se dispuso:

**1.- REVOCAR** conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia la sentencia de fecha 22 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo (2) de Ejecución de Sentencias en Asuntos de Familia de esta ciudad, dentro de la tutela de la referencia, para en su lugar:

a. **TUTELAR** el derecho fundamental al debido proceso de Doña DELKA VELASCO GONZÁLEZ en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-; y en consecuencia se ordena a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, que en el término de dos (2) meses, adelanten el procedimiento respectivo, para suplir los cargos de INSTRUCTOR, declarados desiertos, por lo que deberá la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, remitir al SENA, la lista de elegibles vigentes para la entidad; y será obligación del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, analizar si la señora DELKA VELASCO GONZÁLEZ cumple con los requisitos establecidos para el empleo declarado desierto y una vez agotado el trámite respectivo la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, podrá autorizar el nombramiento y posesión si a ello diera lugar, atendiendo el orden de la lista de elegibles si se legare a emitir.

**2.- REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de la sentencia.

**3.- NOTIFICAR**, legalmente la providencia a las partes interesadas y mediante oficio a la Juez de primera instancia la decisión tomada en esta providencia.

Para los fines pertinentes me permito remitirle copias de la referida providencia, en 16 folios.

Atentamente,



**CARLOS ALBERTO URIBE VILLEGAS**  
SECRETARIO

Anexo: Lo Anunciado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,  
SALA DE FAMILIA

Avenida Calle 24 No. 53-28, Torre C, Piso 3, oficina 307 Tel: 4233390 Ext. 8376 fax 8373  
[secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Bogotá D. C., 03 de marzo de 2020

Oficio No. 0699 –L

Señora  
**VILMA RODRÍGUEZ ROJAS**  
[vilmaroro@gmail.com](mailto:vilmaroro@gmail.com)

**Ref. Notificación fallo de tutela rad. 11001-34-10-002-2019-00053-02**

Por medio del presente, me permito comunicarle que mediante providencia de fecha tres (03) de marzo del año dos mil veinte (2020) en sala presidida por el Honorable Magistrado Dr. **JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ**, dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** de **DELKA VELÁSICO GONZÁLEZ** en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO**, se dispuso:

**1.- REVOCAR** conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia la sentencia de fecha 22 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo (2) de Ejecución de Sentencias en Asuntos de Familia de esta ciudad, dentro de la tutela de la referencia, para en su lugar:

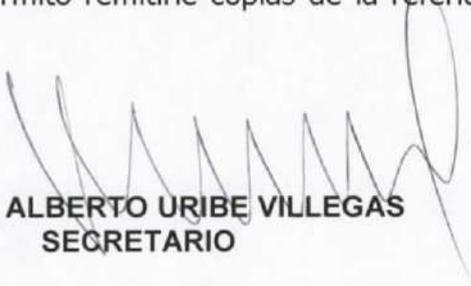
a. **TUTELAR** el derecho fundamental al debido proceso de Doña DELKA VELASCO GONZÁLEZ en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-; y en consecuencia se ordena a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, que en el término de dos (2) meses, adelanten el procedimiento respectivo, para suplir los cargos de INSTRUCTOR, declarados desiertos, por lo que deberá la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, remitir al SENA, la lista de elegibles vigentes para la entidad; y será obligación del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, analizar si la señora DELKA VELASCO GONZÁLEZ cumple con los requisitos establecidos para el empleo declarado desierto y una vez agotado el trámite respectivo la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, podrá autorizar el nombramiento y posesión si a ello diera lugar, atendiendo el orden de la lista de elegibles si se legare a emitir.

**2.- REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de la sentencia.

**3.- NOTIFICAR**, legalmente la providencia a las partes interesadas y mediante oficio a la Juez de primera instancia la decisión tomada en esta providencia.

Para los fines pertinentes me permito remitirle copias de la referida providencia, en 16 folios.

Atentamente,

  
**CARLOS ALBERTO URIBE VILLEGAS**  
SECRETARIO

Anexo: Lo Anunciado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,  
SALA DE FAMILIA

Avenida Calle 24 No. 53-28, Torre C, Piso 3, oficina 307 Tel: 4233390 Ext. 8376 fax 8373  
[secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Bogotá D. C., 03 de marzo de 2020

Oficio No. 0700 -L

Señora

**CLAUDIA INÉS PANQUEVA**

[claudiap@misena.edu.co](mailto:claudiap@misena.edu.co)

[claudiapanqueva807@gmail.com](mailto:claudiapanqueva807@gmail.com)

**Ref. Notificación fallo de tutela rad. 11001-34-10-002-2019-00053-02**

Por medio del presente, me permito comunicarle que mediante providencia de fecha tres (03) de marzo del año dos mil veinte (2020) en sala presidida por el Honorable Magistrado Dr. **JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ**, dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** de **DELKA VELÁSICO GONZÁLEZ** en contra de la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO**, se dispuso:

**1.- REVOCAR** conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia la sentencia de fecha 22 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo (2) de Ejecución de Sentencias en Asuntos de Familia de esta ciudad, dentro de la tutela de la referencia, para en su lugar:

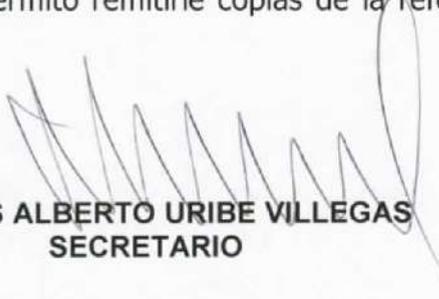
a. **TUTELAR** el derecho fundamental al debido proceso de Doña DELKA VELASCO GONZÁLEZ en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-; y en consecuencia se ordena a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, que en el término de dos (2) meses, adelanten el procedimiento respectivo, para suplir los cargos de INSTRUCTOR, declarados desiertos, por lo que deberá la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, remitir al SENA, la lista de elegibles vigentes para la entidad; y será obligación del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA-, analizar si la señora DELKA VELASCO GONZÁLEZ cumple con los requisitos establecidos para el empleo declarado desierto y una vez agotado el trámite respectivo la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, podrá autorizar el nombramiento y posesión si a ello diera lugar, atendiendo el orden de la lista de elegibles si se legare a emitir.

**2.- REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de la sentencia.

**3.- NOTIFICAR**, legalmente la providencia a las partes interesadas y mediante oficio a la Juez de primera instancia la decisión tomada en esta providencia.

Para los fines pertinentes me permito remitirle copias de la referida providencia, en 16 folios.

Atentamente,

  
**CARLOS ALBERTO URIBE VILLEGAS**  
SECRETARIO



## **SALA PENAL**

Magistrado Ponente:

**JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ**

Tutela de segunda instancia 2020-00051

Aprobado mediante acta **85**.

Medellín, agosto dieciocho (18) de dos mil veinte (2020)

Subsanada la irregularidad advertida por la Sala, se procede a resolver las impugnaciones presentadas por **Diana Gissela Heredia Serna** (accionante) y por la apoderada de **Lina Alejandra Castrillón Celis** (tercero con interés), en contra del fallo de tutela proferido por el Juez Doce Penal del Circuito de esta ciudad el pasado 08 de julio, a través del cual se negó por improcedente la tutela de los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso.

## **ANTECEDENTES**

### **1. Los hechos:**

Fueron reseñados por la primera instancia de la siguiente forma:

"Afirma la accionante que, mediante Acuerdo No 20161000001376 del 05-09-2016, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No 433 de 2016-ICBF. Este acto administrativo, tiene como fundamento el artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

Asegura que se inscribió a la citada convocatoria, para optar por una vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 40114, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 9, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la cual está ubicada en la ciudad de Medellín (Antioquia).

Indica que posterior a la publicación del Acuerdo en mención, el Gobierno Nacional por intermedio del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social expidió el Decreto 1479 de 2017 por medio de la cual suprimen cargos de planta de personal de carácter temporal y a su vez, creó 13 empleos en la planta de personal de carácter permanente en el ICBF, en relación con los cargos de código 2044, grado 9. Y como consecuencia de esto, el ICBF expidió la Resolución 7746 del 5 de septiembre de 2017, para distribuir los 13 cargos en la planta global del ICBF. Destaca que estas vacantes no fueron parte de las ofertadas por el Acuerdo No 20161000001376 de 05-09-2016, en razón a que, en esa fecha el acuerdo de la convocatoria se regía por la Ley 909 de 2004.

Cuenta que la CNSC publicó a través de la página web del Banco Nacional de Listas de Elegibles (BNLE) la Resolución No. CNSC - 20182230073335 del 18-07-2018, "Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 40114, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 9, del Sistema

General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016 – ICBF”, quedando ubicada en la posición No 7, con un puntaje de 68.78. Dicha lista quedó en firme el día 31 de julio de 2018, con una vigencia de 2 años a partir de su firmeza, es decir, hasta el día 30 de julio de 2020, por lo tanto, solo cuenta con un término aproximado de cuatro meses para que dicho acto administrativo surta efectos.

Manifiesta que, mediante llamada telefónica hecha al ICBF, le informaron que se nombró y posesionó en periodo de prueba en el cargo de carrera administrativa de la planta global de dicha entidad, identificado con el código OPEC 40114, cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 2044, Grado 9, con base en el uso de la lista de elegibles Resolución No. CNSC-20182230073335 del 18-07-2018, ubicado en la ciudad de Medellín a la señora JUDITH SÁNCHEZ ZAPATA.

Afirma que las listas de elegibles se recompondrán de manera automática una vez los elegibles tomen posesión del empleo en estricto orden de mérito o cuando estos no acepten el nombramiento o no se posesionen dentro de los términos legales, o sean excluidos de las listas; en virtud de esto, al darse el acto de nombramiento y posesión al cargo de parte de la señora JUDITH SÁNCHEZ ZAPATA, afirma la accionante que pasaría a ocupar el primer lugar dentro de la lista de elegibles.

Informa que luego de la publicación de la lista de elegibles, la CNSC expidió la i) Resolución No 20182230156785, por medio de la cual se revoca el artículo cuatro de la Resolución No. 20182230073335 del 18-07-2018 y la ii) No. 20182230162005, por la cual se declara desierto el concurso para algunas vacantes ofertadas en el marco de la convocatoria No. 433 de 2016–ICBF. Respecto al cargo que postuló dentro de la Convocatoria, el artículo primero del citado acto

administrativo declaró desierto el concurso respecto de 22 vacantes.

Asegura que la expedición de la primera resolución que se mencionó en el párrafo anterior, impidió que el ICBF pudiese usar la lista de elegibles de la Resolución No. 20182230073335, para proveer una de las vacantes desiertas y, en consecuencia, dichas vacantes están ocupadas por planta de personal de carácter provisional, vulnerando así el principio del mérito como elemento principal para la provisión de vacantes dentro del empleo público.

El día 16 de enero de 2020, la Sala Plena de la CNSC, aprobó el Criterio Unificado uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, donde concluye que las convocatorias para proveer vacantes definitivas de empleos de carrera, iniciadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, deberán agotar el procedimiento conforme a las reglas previamente establecidas en la convocatoria y en las normas que le sirvieron de sustento, con el fin de garantizar seguridad jurídica a las entidades y a los aspirantes y, tanto las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, como las expedidas 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.

Cuenta que teniendo en cuenta el fallo de tutela proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en favor de la elegible Jessica Lorena Reyes Contreras, elevó, de manera conjunta, derechos de petición ante CNSC e ICBF, donde solicita que se provean las siete vacantes del empleo identificado con el código 2044, grado 9, perfil psicóloga, creadas por el ICBF mediante la Resolución 1479 de 2017 y distribuidas

por la Resolución 7746 de 2017, con la Lista de Elegibles conformada mediante la Resolución 20182230073335 del 18 de julio de 2018, teniendo en cuenta la Ley 1960 de 2019 y la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca en favor de la señora Jessica Lorena Reyes Contreras.

Informa que el día 28 de febrero de 2020, el ICBF dio respuesta a la petición de solicitud de su nombramiento en el empleo OPEC 40114, PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 2044 Grado 9, dentro de la Convocatoria 433 de 2016. Y también indica que el ICBF le manifestó que existen un total de 7 vacantes Código 2044 Grado 9 Perfil PSICOLOGÍA, que a la fecha no están ocupadas por funcionarios de carrera administrativa, sino por funcionarios en calidad de provisionalidad, encargo o con vacantes pendientes de ser provistas. Lo anterior no lo considera como una respuesta efectiva a su solicitud.

Asevera que, hasta la fecha, las vacantes aquí descritas no se han provisto mediante el uso de listas de elegibles expedidas por CNSC, en virtud de la Convocatoria 433 de 2016 y como puede observarse, la lista de elegibles Resolución No. 20182230073335 del 18-07-2018, perderá vigencia el 30 de julio de 2020. Destaca que todas estas acciones administrativas, deben realizarse antes del término de vigencia de la lista de elegibles, so pena de que la suscrita pierda el derecho a que se le provea una de las vacantes referidas en la Resolución No. 20182230162005 del 04-12-2018, donde declaró desiertas un total de 23 vacantes Código 2044 Grado 9 y las aducidas en la respuesta que ICBF dio respecto a su derecho de petición, donde solicitó acto de nombramiento y posesión.

Asevera que se encuentra ante la consecución de un perjuicio irremediable, debido a que el tiempo para que la lista de elegibles pierda vigencia es de solo cuatro meses, y en ese tiempo debe esperar a que las entidades realicen diversas actuaciones administrativas, de las cuales no existe un cronograma de realización que pueda darle certeza absoluta sobre su realización y culminación.

Solicita se tutelen sus derechos fundamentales de petición, trabajo, igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos y, en consecuencia, se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, acate las disposiciones normativas contenidas en la Ley 1960 de 2019 y en el Criterio Unificado expedido por la Sala Plena de la CNSC, de fecha 16 de enero de 2020.

De igual manera, se ordene a la CNSC y al ICBF, con base en el derecho fundamental a igualdad, citando los fallos de tutela expedidos por el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA, que de manera conjunta, realicen los actos tendientes para que provean las 7 vacantes Código 2044 Grado 9 PERFIL PSICOLOGÍA, reportadas por ICBF mediante respuesta al derecho de petición, bajo número de radicado 20121210000052101, las cuales fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017 y distribuidas por la Resolución No 7746 de 2017, con la lista de elegibles Resolución No. 20182230073335 del 18-07-2018.

De manera subsidiaria y en caso de existir en la ciudad de Medellín, en el departamento de Antioquia o en otra regional del país, una o más vacantes definitiva disponibles denominada PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044 Grado 9, se provean las mismas, con la Resolución No. 20182230073335 del 18-07-2018."

## **2. La sentencia impugnada.**

Mediante decisión del pasado 15 de mayo, el Juez Doce Penal del Circuito encontró improcedente amparar los derechos invocados por la señora Diana Gissela Heredia, considerando que el asunto puesto en su consideración carece de trascendencia *iusfundamental*. Adujo que la lista de elegibles que se crea en virtud de un concurso de méritos genera un derecho adquirido para los participantes que ocupan los

primeros puntajes, pero para los que no obtuvieron la posición meritoria, le asiste una mera expectativa frente a la utilización de listas de elegibles para la provisión de dicho empleo.

Concluyó la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales, argumentando que para el empleo en el cual se inscribió la accionante se ofertó una sola vacante, y como ésta ocupó la séptima posición en la lista de elegibles, no obtuvo posición meritoria que la hiciera acreedora del cargo público.

Precisó que los elegibles que no alcanzaron el puntaje requerido para ocupar una posición meritoria para proveer el empleo No. 40114 (como la accionante), se encuentran en espera de que se genere una vacante con las mismas características del empleo ofertado, salvo que haya decisión en contrario.

Finalmente, reiteró que teniendo en cuenta la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, la entidad que determina las vacantes disponibles y la necesidad de la utilización de las listas de elegibles para proveer los cargos es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, quien debe hacer la solicitud a la Comisión Nacional del Servicio Civil para la utilización de las mismas.

### **3. Las impugnaciones.**

#### **3.1 De la accionante Diana Gissela Heredia Serna**

Adujo que la decisión de primera instancia es contraria a una proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca con número de radicado 76-001-33-33-021-2019-00234-00 que se pronunció "*respecto de un asunto con los mismos elementos facticos y jurídicos*" que su caso, entre ellos, que ambas accionantes son partícipes de la Convocatoria 433 de 2016-ICBF regida por el Acuerdo No 20161000001376 de 05-09-2016, que ambas son las siguientes en orden de elección dentro su correspondientes listas de elegibles y que el decreto 1479 de 2017 creó cargos nuevos para la Oferta Pública de Empleos en Carrera (OPEC) para la cual se postularon.

Indicó que la postura adoptada por el *a quo* no evidencia un estudio de fondo del asunto que motiva la protección constitucional requerida, dado que está solicitando que se ordene el inmediato cumplimiento a lo ordenado por los artículos 6º y 7º de la Ley 1960 de 2019, en miras a cubrir las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surgieron con posterioridad a la convocatoria del 2016.

Arguyó que el juez de primera instancia no se debió limitar a manifestar que las entidades ya están adelantando las acciones necesarias para proveer las vacantes creadas por el Decreto 1479 de 2017, cuando en el expediente no obra prueba alguna que permita inferir que el ICBF solicitó la autorización del uso de su lista de elegibles a la CNSC, o que la CNSC ya inició el trámite para autorizar su disposición. Resaltó al respecto, que la lista de elegibles en la que se encuentra inscrita veinte vence el 30 de julio de 2020.

### **3.2 De Lina Alejandra Castrillón Celis**

Manifestó por intermedio de su representante que el fallo de tutela adolece de no ajustarse a los hechos y antecedentes que motivaron la interposición de la acción constitucional. Resaltó que lo pretendido mediante este mecanismo es que se expida una orden en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que realicen los actos tendientes a proveer las siete (07) vacantes para el perfil de psicóloga, correspondientes al Código 2044, Grado 9<sup>1</sup> con la lista de elegibles que corresponde a la Resolución No. CNSC-20182230073335 del 18-07-2018. Sin embargo, asegura que el Juez de primera instancia omitió realizar un pronunciamiento al respecto.

### **CONSIDERACIONES**

Es sabido que la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario para garantizar la protección de los derechos fundamentales constitucionales cuando se vean amenazados o violentados por el actuar de las autoridades o de los particulares en casos excepcionales. Se exige para su procedencia el cumplimiento una serie de presupuestos de carácter material que deben concurrir de manera conjunta, pues a falta de uno de ellos la pretensión de amparo constitucional resultaría improcedente, estos son: a) la vulneración o amenaza de los derechos del accionante por parte de la autoridad pública o el particular, según el caso; b) el carácter básico de dichos derechos; y c) carencia de otro

---

<sup>1</sup> Creadas por el Decreto 1479 de 2017 y distribuidas por la Resolución No 7746 de 2017,

medio judicial para su defensa, salvo el caso del perjuicio irremediable.<sup>2</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, la procedencia de este mecanismo de amparo respecto de los derechos de las personas que han participado en concursos de mérito ha sido objeto de análisis puntual por parte la Corte Constitucional, y se ha realizado una diferenciación en base a dos supuestos de hecho: cuando mediante la tutela cuando se controvierte un acto administrativo y cuando se busca que la entidad encargada efectúe los nombramientos de las personas incluidas en la lista de elegibles.

En el primer supuesto, por regla general, este mecanismo constitucional no procede debido a la existencia de otros medios de defensa judicial, aunque este análisis dependerá de las situaciones particulares de cada caso concreto. En el segundo evento, la Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela procede para la protección de los derechos de los participantes que, teniendo derecho a ser nombrados por hacer parte de la lista de elegibles, no son designados. Al respecto, en la Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002 la Corte Constitucional expresó:

“... existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y

---

<sup>2</sup> Sentencia T 030 de 2015.

se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos.”

Además de lo anterior, esa Corte ha señalado que la acción de tutela es procedente cuando la persona que pretende acceder al cargo para el cual participó en un curso de méritos se ve expuesta al riesgo de que el registro o la lista de elegibles pierda vigencia y, como consecuencia de ello, no pueda garantizarse la protección de su derecho por las vías judiciales existentes, lo que generaría un perjuicio irremediable.

Para este Tribunal los supuestos fácticos específicos que rodean este caso hacen procedente la acción de tutela toda vez que **1.** está probado que la accionante aprobó el concurso de méritos y por tanto, está inscrita de lista de elegibles conformada mediante la resolución No. CNSC – 20182230073335 para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 40114, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, **2.** Se demostró además la existencia de vacantes por proveer en cargos de igual denominación que los llamados a concurso en esa ocasión, pues los mismos fueron creados por el Decreto 1479 de 2017, **3.** se discute que las entidades accionadas estén omitiendo cumplir con su deber de proveer los cargos públicos por medio del concurso de mérito y **4.** para el momento de la

interposición de la acción constitucional la lista de elegibles a la que pertenece la accionante estaba ad portas de perder vigencia, suceso que acaeció efectivamente para el momento en que se adopta esta decisión.

No cabe duda que exigirle a la accionante que acuda al proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción administrativa resultaría ineficaz para la protección de los derechos fundamentales invocados, atendiendo, entre otras cosas, a su prolongada duración y trámite para hacer efectivo los derechos de los concursantes.

De allí que se haga necesario analizar el fondo del *sub judice*, verificando si el Instituto Colombiano de bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil han desconocido los mecanismos de selección establecidos para el concurso público del que hizo parte la ciudadana Diana Gissela Heredia y los demás terceros con interés vinculados a la acción constitucional. Para surtir la discusión, la sala abordará de manera sistemática varios tópicos relevantes para la solución a plantear:

### **1. El sistema de carrera administrativa y el concurso público de méritos como garantías constitucionales.**

El artículo 125 de la Constitución establece el concurso de mérito como el criterio por excelencia para la provisión de cargos públicos dentro de la administración. Por su intermedio se pretende dotar al sistema de servidores cuya experiencia y conocimientos puedan dar fe de su aptitud para atender las

responsabilidades confiadas a los entes públicos, basándonos en un concepto de perfeccionamiento de la administración.

Para el cumplimiento de dicho mandato superior, el Congreso Nacional expidió la ley 938 de 2004, en cuyo artículo 2° se establecen los principios rectores de la función pública, de los cuales se resaltan los siguientes por ser relevante interés para el asunto que hoy se discute:

1. La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.

2. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.

De aquí que sea indiscutible la obligación constitucional y legal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de designar sus cargos de carrera con el uso primordial de las listas de elegibles que se encuentren vigentes. Ello debe hacerse con diligencia y ateniéndose a los principios que gobiernan a la administración pública, que además de los citados en precedencia, se encuentran el artículo 209 de la Constitución Política.

**2. Los hechos probados mediante el acervo probatorio obrante en el expediente.**

De los elementos aportados por las partes y terceros con interés durante el trámite de este mecanismo de amparo se puede extraer que:

**a)** Diana Gissela Heredia Serna concursó para el cargo de profesional universitario, Código 2044, Grado 9, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ofertado en la OPEC No. 40114. La accionante aprobó el concurso y ocupó la posición N° 7 dentro de la lista de elegibles para esa denominación.

**b)** Con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016, se crearon trece (13) vacantes definitivas para ese mismo cargo concursado, de las cuales 7 han sido provistas por empleados en provisionalidad.

**c).** Durante la vigencia de la Lista de elegibles a la que pertenece la accionante, se expidió la ley 1960 del 27 de junio 2019, en cuyo artículo 6º, que modificó el artículo 31 de la ley 909 de 2004, y ordenó a la administración utilizar las listas de elegibles que se creen en virtud de un concurso de méritos para cubrir las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surgieran con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

**e)** Pese a las solicitudes presentadas por la accionante ante el ICBF y la CNSC para que se proveyeran dichas vacantes con la lista de elegibles vigente en el momento de la solicitud, a la fecha de esta decisión no se han adelantado acciones para la provisión de los cargos públicos de carrera mediante el uso de

la esa lista; la cual se conformó para un cargo de iguales denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito y funciones a los nuevos que fueron creados.

### **3. La aplicación de la ley 1960 de 2019 dentro de los procesos de nombramiento de la convocatoria N° 433 de 2016.**

En este caso en particular no se discute el uso que inicialmente se le dio a la lista de elegibles 20182230073335 a la que pertenece la accionante (ubicada en el puesto N°7), pues efectivamente ésta se utilizó para proveer una (01) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 40114, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, que fue para lo que en origen se constituyó.

Lo que se plantea, entonces, es la aplicación que se debió dar del Artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 que modificó el artículo 31 de la ley 909 de 2004, y que en su numeral 4 ordena a la administración utilizar las listas de elegibles que se creen en virtud de un concurso de méritos para cubrir "*(...) las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad*", ya que la norma anterior únicamente disponía la utilización de la lista para cubrir las vacantes para las cuales se convocó el concurso.

Hemos de precisar que mediante el Decreto 1479 de 2017 se crearon 49 nuevos cargos denominados "profesional

universitario”, trece (13) de los cuales hacen parte del código 2044 Grado 9; es decir, corresponden a la OPEC a la cual se postuló la accionante dentro de la convocatoria 433 de 2016, ajustándose a los dispuesto en la norma en cita ya que se trata de **I**. Cargos equivalentes no convocados y **II** que han surgido con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad.

Entonces, el punto central de discusión se conjuga en definir si la Ley 1960 debe ser aplicada de manera *retrospectiva* a la convocatoria 433 de 2016, pues su expedición y entrada en vigencia efectivamente son posteriores a la conformación y consolidación de la lista de elegibles publicada por la CNSC mediante la Resolución 20182230073335 (31 de julio de 2018), pero concurre con la vigencia de la lista mencionada, que valga la pena aclarar era de dos (02) años, los cuales transcurrían hasta el pasado 31 de julio de 2020.

Resulta evidente que ha operado un tránsito de legislación durante la vigencia de la lista de elegibles a la que pertenece la accionante y no se desconoce que, por regla general, las normas rigen hacia el futuro una vez son divulgadas. No obstante, jurisprudencialmente se ha aceptado una modalidad de aplicación temporal de las normas denominada *retrospectividad*, que conforme a lo expuesto en la sentencia T-564 de 2015 consiste en:

“...la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos

siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva.

En este sentido, ha sido unánimemente aceptado por la jurisprudencia de todas las Altas Cortes que si bien en principio las normas jurídicas solo tienen aplicabilidad a situaciones que tuvieron lugar con posterioridad a su vigencia, ello no presenta impedimento alguno para que, en los casos en los que la situación jurídica no se ha consolidado o sus efectos siguen surtiéndose, una nueva norma pueda entrar a regular y a modificar situaciones surtidas con anterioridad a su vigencia.<sup>3</sup> (subrayas de la sala)

Como consecuencia de lo anterior, queda claro que una norma posterior podrá regular situaciones anteriores a su promulgación, siempre y cuando sean meras expectativas y no situaciones jurídicas consolidadas, como quiera que de estas últimas se entenderán finiquitadas bajo la vigencia de la ley antigua.

Pues bien, no cabe duda que los aspirantes a cargos públicos que figuran en una lista de elegibles cuentan con una mera expectativa de ser nombrados (salvo aquél que ocupe el primer lugar de quien se predica un derecho adquirido). Tampoco hay dudas de que, en virtud de los principios que rigen la función pública y la carrera administrativa, los nominadores tienen restringida la facultad discrecional a efectos de proveer un cargo y, por el contrario, es un deber legal el acudir a las listas de elegibles para proveer las vacantes de grado y denominación iguales para el cual se

---

<sup>3</sup> Posición adoptada igualmente en sentencias T-569 de 2011 y T -156 de 2012, entre otras.

abrió originalmente el concurso de méritos. Con ello se garantizan el derecho a la igualdad de oportunidades para el acceso a cargos y funciones públicas (Artículo 40 de la Constitución Política), la búsqueda de la eficiencia y la eficacia en el servicio público para el cumplimiento de los fines del Estado (Artículos 1, 2, 122 a 131 y 209), y la protección de los derechos subjetivos a los que tienen derecho las personas vinculadas a la carrera (Artículos 53 y 125).

Con base en estas consideraciones la Sala encuentra que es dable aplicar retrospectivamente la Ley 1960 de 2019 a la lista de elegibles a la que pertenece la accionante, puesto que su situación no se encuentra consolidada dentro de la Convocatoria 433 de 2016. Incluso, esta posición fue adoptada por el mismo ICBF tanto en la respuesta otorgada a la petición radicada por la accionante, como en la contestación a la presente acción de tutela<sup>4</sup>.

#### **4. Se desconocieron los principios fundamentales del acceso a la carrera administrativa y se vulneraron los derechos de la accionante.**

En criterio de esta Sala el proceder de las entidades accionadas desconoce los principios de acceso a la carrera administrativa por meritocracia, en especial, los contenidos en el artículo 125 de la Constitución Política, tal como fueron tratados ampliamente en la Sentencia C-288 de 2014 que recoge nutrida jurisprudencia y explica a fondo los bases sobre

---

<sup>4</sup> Ver oficio 20201210000052101 del 27 de febrero de 2020 y contestación emitida por el ICBF obrantes en el expediente digital.

las que se erige la función pública (igualdad, mérito y estabilidad).

Considerando como se hizo la necesidad de aplicación retrospectiva de la ley 1960 de 2019, se concluye que las nuevas vacantes permanentes creadas para el empleo de Profesional Universitario grado 9 Código 2044, debieron ser ocupadas por aquellas personas que conformaron las listas de elegibles vigentes para dichos cargos, situación en la cual se encontró la accionante al momento de interposición de esta acción constitucional.

Debe enfatizar esta corporación que Diana Gissela desde el pasado 29 de enero solicitó tanto a la CNSC y como al ICBF, entre otras cosas, que realizaran los actos tendientes para proveer las 13 vacantes Código 2044 Grado 9 que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017, haciendo uso la lista de elegibles contenida Resolución No. CNSC – 20182230073335 del 18-07-2018, a la cual pertenece. Pese a que en la respuesta otorgada el ICBF manifestó encontrarse adelantando las acciones para acceder a su solicitud, al momento de pérdida de vigencia de la lista de elegibles transcurrieron más de cinco (05) meses sin que se concretaran dichas labores.

Encontrarnos así, que efectivamente se ha desconocido tanto el precedente jurisprudencial en torno a la provisión de los cargos de carrera administrativa, como las normas de orden Constitucional y Legal que se han dispuesto específicamente para suplir dichos cargos. Tal como se desprende de las normas en cita, es a la CNSC a quien le compete analizar la

alegada equivalencia entre el cargo al cual aspiró la accionante durante el concurso y el que se encuentre vacante, previa solicitud por parte del ICBF y registro de las vacantes en el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad (SIMO) para así autorizar al nominador su designación en éste último. Acciones que, pese al tiempo transcurrido desde la expedición de la ley 1960 de 2019 y de la solicitud radicada por la accionante, aún no han sido adelantadas por el Instituto de Bienestar Familiar.

Aunque se alega que se dichas gestiones administrativas "se *están adelantando*" lo cierto es que no obra constancia alguna de que efectivamente haya una solicitud de autorización para el uso de la lista ante la CNCS o una respuesta efectiva por parte de esa institución.

Por los motivos hasta aquí expuestos se hace menester revocar la decisión que vía impugnación se revisa, para en su lugar conceder la protección constitucional invocada a los derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad de la señora Diana Gisela Heredia Serna, correspondiendo entonces a este Tribunal ordenar que se eleve la solicitud ante la CNCS para que sea ésta quien determine la alegada equivalencia de cargos que permita nombrar en periodo de prueba a las personas que hacen parte de la lista de elegibles creada mediante Resolución No. 20182230073335 del 18-07-2018, de la cual la accionante ocupa el puesto número 7º tal como lo registran las pautas de la convocatoria.

Ahora bien, es oportuno poner de presente que la lista de elegibles que se estudia en esta oportunidad ha perdido

vigencia pues ya transcurrieron dos (02) años desde la fecha de su firmeza, tal como lo establece la Ley 909 de 2004<sup>5</sup>. Sin embargo, la señora Diana Gissela Heredia elevó las peticiones de nombramientos y el presente amparo mucho antes de que se cumpliera ese término, buscando ser nombrada en un empleo igual o equivalente, por lo que dicha lista debe ser aplicada en el caso en estudio.

Esta posición frente a la prórroga de la vigencia de la lista de elegibles no es creación de esta Sala, sino que se aplica de forma análoga pues la misma fue objeto de decisión en un caso similar al que hoy nos ocupa por parte de la Corte Constitucional. Veamos esta posición que se adoptó en la Sentencia T-112A de 2014:

“Es oportuno aclarar que actualmente la lista de elegibles ha perdido vigencia. Conforme al artículo 15 de la resolución 3037 de 2011 de 10 de junio de 2011, las listas de elegibles conformadas a través de dicho acto administrativo tendrán una vigencia de dos años desde la fecha de su firmeza. Conforme a lo publicado por la CNSC, la fecha de firmeza fue el 29 de junio de 2011, de forma tal que su vigencia fue hasta el 29 de junio de 2013. Sin embargo, la señora Torres Rodríguez, elevó el presente amparo antes de que la lista de elegibles perdiera vigencia buscando ser nombrada en un empleo igual o equivalente al que ella participó, tal como las normas del concurso que regían lo permitían, o por lo menos que se elevara la solicitud de autorización del uso de la lista de elegibles a la CNSC, por lo que dicha lista tiene plena aplicabilidad en el caso en estudio.”

---

<sup>5</sup> Conforme se informó por la CNSC, la fecha de firmeza fue el 31 de julio de 2018, por lo que su vigencia fue hasta el 31 de julio de 2020.

En afán de conclusión, la sala precisa que efectivamente el actuar pasivo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, está afectando los derechos fundamentales de la accionante al debido proceso administrativo y al acceso a cargos públicos. Además, está desconociendo las prerrogativas contenidas en el Artículo 125 de la Constitución Nacional, que garantizan el resguardo del Estado Social y Democrático de Derecho tal como ha sido constituido por la norma superior. Esto, porque se está omitiendo iniciar el trámite establecido en la ley 1960 de 2019 que impone solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la autorización de la lista de elegibles para la provisión de los cargos públicos que fueron creados con posterioridad a la realización del concurso de méritos (convocatoria 433 de 2016).

De allí, que resulte menester revocar en la sentencia de primera instancia que negó por improcedente la solicitud tutelar, para en su lugar conceder el amparo constitucional a los derechos fundamentales de Diana Gissela Heredia Sierra al debido proceso, a la igualdad y al trabajo. En consecuencia, se ordenará al ICBF que proceda a solicitar la autorización del uso de lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 20182230073335 (en la que se encuentra la accionante) a la CNSC, para proveer las plazas que se encuentren en vacancia definitiva para el cargo de Profesional Universitario Grado 9, Código 2044, que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017 y distribuidas por la Resolución No 7746 de 2017. Efecto de los anterior es que procederá dentro del término legal a adelantar los procedimientos para proveer los cargos en propiedad según el orden fijado en la lista de elegibles.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de Ley:

### **FALLA**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juez Doce Penal del Circuito de esta ciudad el 08 de julio de 2020 y, en su lugar, **CONCEDER** la tutela de los derechos de la señora **Diana Gissela Heredia Serna** al debido proceso administrativo, igualdad, trabajo y acceso a funciones públicas.

**SEGUNDO: ORDENAR** al **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar** que en el plazo cinco (05) días, solicite a la Comisión Nacional del Servicio Civil la autorización del uso de lista de elegibles conformada mediante Resolución No. 20182230073335 para proveer las plazas que se encuentren en vacancia definitiva para el cargo de Profesional Universitario Grado 9, Código 2044, que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017 y distribuidas por la Resolución No 7746 de 2017. Agotada la anterior condición, la entidad procederá dentro del término legal a adelantar los procedimientos administrativos para proveer los cargos en propiedad según el orden fijado en la lista de elegibles.

**TERCERO:** la Comisión Nacional del Servicio Civil no podrá negar la autorización del uso de la lista de elegibles argumentando la pérdida de vigencia que acaeció el 31 de julio de 2020, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**CUARTO:** Para su eventual revisión, se ordena enviar el expediente a la Corte Constitucional, previa notificaciones e informe al Juez de instancia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



**JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ**



**MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS**



**PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER**  
**Mag. Ponente. SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR**  
Bucaramanga, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veinte (2020)

**SENTENCIA DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA**

<b>Expediente No.</b>	<b>680013333007-2020-00144-01</b>
<b>Accionante:</b>	<b>DIANA MILENA MEJÍA CABEZA</b> , con cédula de ciudadanía No. 63.498.237 <b>Correo electrónico:</b> <a href="mailto:dmmejiac@misena.edu.co">dmmejiac@misena.edu.co</a>
<b>Accionados:</b>	<b>SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA</b> <b>Correo electrónico:</b> <a href="mailto:secretariageneral@sena.edu.co">secretariageneral@sena.edu.co</a>  <b>COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC</b> <b>Correo electrónico:</b> <a href="mailto:notificacionesjudiciales@cns.gov.co">notificacionesjudiciales@cns.gov.co</a>
<b>Vinculados:</b>	<b>DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA – DAFP</b> Correoelectrónico: <a href="mailto:notificacionesjudiciales@funcionpublica.gov.co">notificacionesjudiciales@funcionpublica.gov.co</a> <b>EUMELIA AGUILAR VARGAS</b> <b>Correo electrónico:</b> <a href="mailto:esperanzabdf@yahoo.es">esperanzabdf@yahoo.es</a>
<b>Acción:</b>	<b>Tutela</b>
<b>Tema:</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Procedencia de la acción de tutela cuando se endilga la vulneración del derecho al mérito, debido proceso, acceso al empleo público tras concurso de mérito, “aun cuando existan otros medios de defensa ordinarios para debatir el asunto, pues la violación de este derecho fundamental delimita la frontera entre el ejercicio de una potestad legal y una actuación arbitraria y caprichosa”. (Corte Constitucional, sentencia T- 340 de 2020) /</li> <li>2. Uso de listas de elegibles anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, para proveer vacancias definitivas que se estructuran en la actualidad. Efectos del criterio unificado del 16 de enero de 2020 de la CNSC. /</li> <li>3. Análisis de las pruebas acreditan la existencia de una vacante provisional con eje temático coincidente al mismo nivel (Instructor), categoría y grado al que fue reportado en la precitada OPEC 60069 para el cual la accionante concursó, circunstancia que permite concluir que como dicha vacante alcanzaría a ser provista con ella dado que ocupa el primer lugar en la lista de elegibles, atendiendo al principio de mérito le dan derecho al acceso a la función pública – SENA -, de acuerdo con el estudio técnico de equivalencia que deba efectuar las entidades.</li> </ol>



Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia de tutela de segunda instancia. M.P. Solange Blanco Villamizar. Diana Milena Mejía Cabeza Vs. SENA y CNSC. Vinculados: DAFP y Eumelia Aguilar Vargas. Exp. 680013333007-2020-00144-01.

Decide la Sala **la impugnación** interpuesta por la accionante, Diana Milena Mejía Cabeza, contra la sentencia del seis (06) de octubre de dos mil veinte (2020), proferida por el señor juez Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga, Santander, allegada al despacho a cargo de la suscrita Magistrada Ponente el 27.10.2020, previa la siguiente reseña:

## I. LA DEMANDA Pretensiones y hechos

En síntesis, la accionante, pretende el amparo de los derechos fundamentales **al mérito, debido proceso, acceso al empleo público tras concurso de mérito, igualdad y trabajo** (convocatoria 436 de 2017 SENA) y para tal efecto, solicita se ordene:

### **Al Sena:**

- i) efectuar su nombramiento en periodo de prueba en el cargo Instructor, código 3010 G1, de quienes siguen en turno en la lista de elegibles de la OPEC 60069, conformada mediante Resolución N° CNSC 20182120190725 del 24 de Diciembre de 2018, en la vacante no convocada IDP 7351 y en aquellas que se generen durante la vigencia de la lista;
- ii) dejar sin efecto el cambio de perfil efectuado al cargo no convocado que se identifica con la IDP 7351 de Instructor, código 3010 del SENA – Regional Santander; y,
- iii) se abstenga de modificar los perfiles de los cargos no convocados, manteniendo el empleo de conformidad con el manual específico de funciones, naturaleza de perfil, denominación, cargo, grado, al momento de generarse la vacancia definitiva.

### **A la CNSC:**

- i) Expedir el acto administrativo, en el que se ordene a todos los nominadores de las entidades abstenerse de modificar perfiles de los empleos que no son convocados a concurso de méritos o que surjan con posterioridad a las convocatorias en vigencia de las listas de elegibles.



Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia de tutela de segunda instancia. M.P. Solange Blanco Villamizar. Diana Milena Mejía Cabeza Vs. SENA y CNSC. Vinculados: DAFP y Eumelia Aguilar Vargas. Exp. 680013333007-2020-00144-01.

### **Como fundamento de sus pretensiones, se afirma en síntesis en el escrito de tutela:**

1. La señora Diana Mejía Cabeza se inscribió a la Convocatoria No. 436 de 2017 – SENA, realizada por la CNSC para el empleo de Instructor, código 3010 G en servicio de alojamiento, OPEC 60069, en la que ocupó la segunda posición, siendo una la plaza ofertada. Pero, ahora ocupa el primer puesto en la lista de elegibles integrada mediante Resolución No. CNSC 20182120190725 DEL 24.12.2018, que se encuentra vigente.
2. Explica que no obstante, la CNSC expidió el 16.01.2020 el Criterio Unificado “Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019” que establece el uso de listas vigentes para proveer vacantes definitivas de cargos equivalentes que no fueron convocadas o que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso adelantado; de dicho concepto no se desprende que el nominador de la entidad se encuentre facultado para cambiar los perfiles de dichas vacantes no convocadas o surgidas con posterioridad, tal y como ha sucedido en su caso, **pues informa que a la vacante con IDP 7351 le fue cambiado su perfil de “servicios de alojamiento” a “turismo”, negándole así, su posibilidad de ser nombrada en dicho cargo.**
3. Expone que el 24.03.2020, el SENA mediante oficio No. 0203200436562 (suscrito por el Coordinador Grupo de Relaciones Laborales), solicitó a la CNSC el uso de listas de elegibles para las vacantes no reportadas en la convocatoria 436/2017, relacionando 145 cargos con sus respectivas OPEC del mismo empleo que contenía el elegible a ser nombrada. Asimismo, indica que dicho documento reporta las vacantes definitivas para planeación de nuevos concursos, y puntualmente, menciona que en la fila 105, se reporta el cargo identificado con el IDP 7351 del Centro de Servicios Empresariales y Turísticos.
4. Indica que en oficio del 11.06.2020 con radicado No. 20203200636812 - el Coordinador Grupo de Relaciones Laborales -, reporta a la Gerente de la convocatoria 436/2017 de la CNSC las vacantes no convocadas, y aclara, a modo de ejemplo, que respecto de la vacante con IDP 3183, que había sido reportada en la comunicación No 20203200436562 del 24 de Marzo de 2020 para nuevo concurso,



Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia de tutela de segunda instancia. M.P. Solange Blanco Villamizar. Diana Milena Mejía Cabeza Vs. SENA y CNSC. Vinculados: DAFP y Eumelia Aguilar Vargas. Exp. 680013333007-2020-00144-01.

“el nominador solicitó cambio de perfil, hecho que conlleva a incluirla en el listado para uso de lista de la Convocatoria 436 de 2017”, situación que a su juicio, es la forma como el nominador de la entidad decide a través de estos cambios de perfil, quienes acceden o no a la carrera administrativa.

5. Lo anterior, porque, explica, que la CNSC mediante oficio No. 20201020532491 del 15.07.2020, autorizó el uso de lista de elegibles para cargos no convocados, como la de Instructor con IDP3183, para que fuera provista con el de la OPEC 58863, insistiendo que estos cambios de perfil es la manera como el nominador es el que decide quien accede o no a la carrera administrativa.

6. Afirma que como en la actualidad tiene conocimiento que para **el empleo que concursó, esto es, el de Instructor, código 3010 G “Servicio de Alojamiento”, existe una vacante en provisionalidad**, del cual desconoce su número de IDP o si le fue cambiado el perfil para llevarlo a nuevo concurso, el 13.05.2020, elevó petición ante la entidad radicada con No. 7-2020-072161, para que le informara de los cargos vacantes ocupados en provisionalidad respecto del empleo “Instructor servicios de alojamiento”.

Sin embargo, menciona que pese a que el Director Regional del SENA, dio respuesta informándole que la “Regional Santander no tiene vacantes disponibles para el cargo en mención y solo existe un nombramiento en provisionalidad identificado con el IDP7351 del Centro de Servicios Empresariales y Turísticos de la REGIONAL Santander”, en dicha respuesta se omitió mencionar que el cargo corresponde al de “instructor de servicio de alojamiento”, tal y como lo acredita otra respuesta de la misma entidad del 26.02.2020 radicada No 68-2-2020-004, que fue dada a otra peticionante en la que se explicita que en el Centro de Servicios Empresariales y Turísticos Bucaramanga, se encuentra vacante con nombramiento provisional el cargo con IDP 7351 “servicio de alojamiento – Hotelería y Turismo”.

7. Con dicha información, manifiesta que el 24.06.2020 solicitó al Director General del SENA, que oficiara a la CNSC con el fin de que incluyera la OPEC 60069, que corresponde a la que ella concursó, dentro de la solicitud de autorización enviada por el SENA el 24.03.2020 para el IDP 7351; recibiendo respuesta negativa, pues



Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia de tutela de segunda instancia. M.P. Solange Blanco Villamizar. Diana Milena Mejía Cabeza Vs. SENA y CNSC. Vinculados: DAFP y Eumelia Aguilar Vargas. Exp. 680013333007-2020-00144-01.

se le informó que respecto al empleo con OPEC 60069 no existen vacantes en provisionalidad o encargo.

8. Concluye señalando que al habersele cambiado el perfil al cargo al cual concursó, le resta posibilidades de ser nombrada en la vacante provisional que dice, se encuentra disponible en el Centro de Servicios Empresariales y Turísticos Bucaramanga, situación que le vulnera sus derechos fundamentales al mérito y acceso a empleo público tras concurso de méritos.

## II. INFORME DE LAS ACCIONADAS

**A. Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP -**, por intermedio de apoderado, se opone a la prosperidad del amparo solicitado por no haber vulnerado derecho fundamental alguno de la accionante, pues según su marco legal de competencias, no es partícipe en el trámite de la convocatoria realizada por la CNSC para proveer cargos de carrera en el SENA, ni tampoco es competente para realizar nombramientos de las personas que conforma las listas de elegibles, razón por la cual, solicita se le desvincule de la presente acción de tutela por configurarse la falta de legitimación en la causa por pasiva.

A su vez, califica de improcedente la aplicación de la Ley 1960/2019 en los términos expuestos por la accionante, pues explica que la Ley 909 de 2004 es clara en señalar que las listas de elegibles únicamente se pueden utilizar en estricto orden de mérito para proveer las vacantes ofertadas en el respectivo concurso de méritos y que la regla prevista en el art. 6 de la ley 1960/2019 solo aplica siempre y cuando la convocatoria se inicie en vigencia de dicha norma, esto es, a partir del 27.06.2019, es decir, no aplica la retrospectividad de la norma.

Igualmente, señala la improcedencia del amparo solicitado, dada la existencia de otros mecanismos de defensa judicial a los cuales puede acudir la accionante, quien tampoco acredita un perjuicio irremediable, en los términos previstos en el art. 6° del Decreto 2591/1991.



Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia de tutela de segunda instancia. M.P. Solange Blanco Villamizar. Diana Milena Mejía Cabeza Vs. SENA y CNSC. Vinculados: DAFP y Eumelia Aguilar Vargas. Exp. 680013333007-2020-00144-01.

**B. La Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC-**, por intermedio de su asesor jurídico, solicita se niegue el amparo solicitado, porque:

**i) No se satisface el requisito de subsidiariedad:** Señala que, la inconformidad de la accionante frente a la conformación de la lista de elegibles que se encuentran contenidos dentro de los acuerdos reglamentarios del concurso no es excepcional, y que, por el contrario, cuenta con un mecanismo de defensa idóneo, razón por la cual, la acción de tutela no es la vía judicial para cuestionar la legalidad de actos administrativos.

**ii) El estado de la accionante en el concurso No. 436 de 2017:** La accionante se inscribió al empleo Instructor, Código 3010, OPEC No. 60069 y agotadas las fases del concurso ocupó la posición No. 2, en la lista de elegibles conformada mediante la resolución No. CNSC– 20182120190725 del 24-12-2018, para proveer una (1) vacante, la cual fue provista por la persona que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, razón por la cual, no es posible realizar el nombramiento que solicita, al no ocupar una posición meritoria en cuanto al número de vacantes ofertadas en el empleo. Agrega que no es de su competencia lo relacionado con nombramientos y posesiones de la planta de personal en las entidades.

**iii) De los mismos empleos y los empleos equivalentes declarados desiertos:** expone que para determinar si un empleo es “equivalente” a otro se deberá realizar la similitud de funciones, de requisitos de estudio, experiencias y competencias laborales, así como el nivel jerárquico y grado salarial entre otros, para finalmente analizar y determinar la similitud de funciones, proceso que requiere de un análisis técnico detallado para terminar el contenido temático de las mismas, por lo que, la acción de tutela no es la vía judicial para establecerlo.

**iv) Procedencia del uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019:** **i)** quien ocupó el primer lugar no aceptó, no se pronunció o habiendo sido posesionado, renunció al empleo; **ii)** cuando se presente renuncia o se declare la vacancia definitiva, superado el periodo de prueba, o cuando la entidad crea nuevos cargos durante la vigencia de la lista de elegibles, teniendo en cuenta que los cargos ostenten la identidad establecida anteriormente al cargo ofertado en la OPEC. En tal sentido, explica que como el SENA no ha reportado alguno de los criterios citados respecto a las vacantes con identidad de



Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia de tutela de segunda instancia. M.P. Solange Blanco Villamizar. Diana Milena Mejía Cabeza Vs. SENA y CNSC. Vinculados: DAFP y Eumelia Aguilar Vargas. Exp. 680013333007-2020-00144-01.

características al que la accionante pide se le aplique, no hay lugar al uso de listas; por lo tanto, es la entidad SENA quien debe solicitar el uso de listas de elegibles cuando determine que corresponde al mismo empleo.

**v) Uso de listas de acuerdo con la ubicación geográfica:** Explica que para que un aspirante pueda formar parte de una lista distinta a la del empleo (OPEC) al cual concursó, mediante aplicación de equivalencia, debe tenerse en cuenta que el aspirante haya obtenido las mismas pruebas, con las mismas condiciones y calificaciones a la nueva OPEC a la cual aspira incorporarse. Así, señala que la entidad, junto con las entidades, enlistan unas características que no hacen posible trasladar o hacer equivalente un empleo frente a otro, porque: i) las pruebas escritas se evalúa temas particulares con cuadernillos específicos de acuerdo con el empleo ofertado, que depende del grupo de aspirantes que comparten características como formación, experiencia, procedencia, es decir, se encuentran en igualdad de condiciones; ii) se tiene en cuenta el número de personas evaluadas, pues de ello depende el método de calificación seleccionado; iii) la valoración de antecedentes, pues la equivalencia de listas de elegibles depende de que los empleos tengan los mismos requisitos.

**vi) Improcedencia en la aplicación de la Ley 1960 de 2019 de manera retrospectiva:** Explica que, para el caso particular del accionante, su situación ya se encuentra consolidada, pues se conformó la lista de elegibles para el empleo identificado con el código OPEC 61351 por lo que no es susceptible de modificación por el tránsito de normatividad, quedando claro que la aspirante concursó para la provisión de una (1) vacante, hoy provista por quien ocupó la posición meritosa en la lista de elegibles.

**vii) El criterio unificado del 16.01.2020:** Es explícito en señalar que la aplicación de los efectos de la ley 1960/2019 solo procede “frente a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa”, es decir, que la regla prevista en el art. 6 de la ley 1960/2019 solo aplica siempre y cuando la convocatoria se inicie en vigencia de dicha norma, esto es, a partir del 27.06.2019, sin que pueda dársele alcance retrospectivo a la norma.



Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia de tutela de segunda instancia. M.P. Solange Blanco Villamizar. Diana Milena Mejía Cabeza Vs. SENA y CNSC. Vinculados: DAFP y Eumelia Aguilar Vargas. Exp. 680013333007-2020-00144-01.

Por último, señala que, dado que el SENA no ha reportado la existencia de vacantes con identidad de características al cargo ofertado ni tampoco la movilidad de la lista de elegibles por renuncia, no aceptación, derogatoria del acto administrativo de nombramiento o acto de retiro, no hay lugar a hacer uso de la lista para proceder a realizar nombramientos en orden de conformidad con el puesto ocupado en la misma.

**B. El Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA,** solicita negar por improcedente las pretensiones de la acción de tutela, comoquiera que no se cumple con el requisito de inmediatez, pues la lista de elegibles a la cual pertenece al accionante se encuentra vigente desde el 15.01.2019, es decir, hace más de 20 meses; y tampoco se cumple con el requisito de subsidiariedad por disponer la accionante de otros medios de defensa judicial para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales, el SENA y la CNSC han tomado las decisiones frente al concurso de méritos 436/2017.

Asimismo, señala que se debe negar el amparo deprecado, pues las obligaciones de la entidad frente al mérito y nombramientos en periodo de prueba de las personas que superaron el proceso de selección realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil a través de la Convocatoria Nro. 436 del 2017, fueron adelantadas de manera exitosa.

Expone el procedimiento adelantado para la provisión de empleos de carrera, haciendo notar que conformada la lista de elegibles para el empleo OPEC de la referencia, mediante resolución debidamente motivada, realizó en estricto orden de mérito el nombramiento en período de prueba en el empleo objeto de concurso.

Finalmente, señala que las listas de elegibles conformadas para los empleos de carrera administrativa, una vez culminado el proceso de selección, pueden ser utilizadas para proveer aquellas vacantes que se generen en los empleos inicialmente convocados durante su vigencia.



Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia de tutela de segunda instancia. M.P. Solange Blanco Villamizar. Diana Milena Mejía Cabeza Vs. SENA y CNSC. Vinculados: DAFP y Eumelia Aguilar Vargas. Exp. 680013333007-2020-00144-01.

**C. La señora Eumelia Aguilar Vargas, no hizo uso de esta etapa procesal.**

### III. LA SENTENCIA IMPUGNADA

Como ya se dijo, es proferida el 06/10/2020 por el señor **Juez Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga**, Santander, en la que resuelve **declarar improcedente la acción de tutela**, dada la existencia de mecanismos de defensa judicial ordinarios idóneos y eficaces para controvertir los actos administrativos adoptados con ocasión al concurso de méritos 436/2019 adelantado por las entidades accionadas.

Así, considera la primera instancia que como en el caso de la señora Diana Milena Mejía Cabeza, lo que se pretende es dejar sin efecto el “cambio de perfil” que presuntamente realizó el SENA respecto del empleo IDP7351 de Instructor, código 3010 del Centro de Servicios Empresariales y Turísticos de la Regional Santander, y que se proceda a su nombramiento y uso de lista de elegibles en la que actualmente ocupa el primer lugar, esta actuación escapa del resorte del juez constitucional por tratarse de una decisión contenida en un acto administrativo, del cual no obra prueba en el plenario.

Concluye que al ser el cambio de perfil una actuación que no es propia del concurso de méritos en el que ha participado la accionante, sino que se trata de una disposición administrativa del resorte de competencias del SENA, tal decisión debe ser controvertida a través de los medios ordinarios de defensa judicial previstos en la Ley 1437/2011, en la que busque desvirtuarse la presunción de legalidad de la que goza tal decisión.

### IV. LA IMPUGNACIÓN

**La señora Diana Milena Mejía Cabeza**, centra su inconformidad con el fallo de primera instancia al señalar que la acción de tutela gira en torno al uso de listas de elegibles vigentes del concurso de méritos adelantado en la convocatoria 436/2017,



Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia de tutela de segunda instancia. M.P. Solange Blanco Villamizar. Diana Milena Mejía Cabeza Vs. SENA y CNSC. Vinculados: DAFP y Eumelia Aguilar Vargas. Exp. 680013333007-2020-00144-01.

con ocasión a los cambios que fueron introducidos por la Ley 1960/2019, en la que actualmente se encuentra a la espera de ser nombrada en los cargos no convocados y surgidos con posterioridad a la convocatoria, oportunidad que dice, ha sido mermada por los cambios de perfil de las vacantes en los que el nominador modifica discrecionalmente.

Agrega que **la acción de tutela es procedente en asuntos derivados de los concursos de méritos**: Sostiene que la Corte Constitucional, ha realizado múltiples pronunciamientos defendiendo la procedencia de la acción constitucional pese a la existencia de los medios de control de legalidad de actos administrativos previstos en la Ley 1437 de 2011, considerando que estos mecanismos ordinarios no resultan idóneos o eficaces para proteger los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos a través de concurso de méritos; tesis que considera le es aplicable a su caso, pues como miembro de lista de elegibles de la Convocatoria 436 de 2017 y al existir la vacante definitiva no convocada con IDP 7351 que es equivalente al cual concursó, este es, el de Instructor, código 3010 G en servicio de alojamiento, OPEC 60069, pero que fue cambiado de perfil, vulnera sus derechos fundamentales del mérito y acceso a empleo público tras concurso de méritos.

Concluye señalando que las OPEC son los perfiles de los cargos de la oferta pública de empleos de carrera ofertado en el concurso, los cuales no pueden ser modificados, pues ello atenta contra la seguridad y confianza legítima.

Agrega que se **debe dar aplicación a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019**: La cual establece que se tendrá en cuenta las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados que surjan con posterioridad a las convocatorias efectuadas en concursos de méritos de la misma entidad; y que como en su caso, se encuentra acreditado la creación de otros cargos con similares condiciones al empleo al que concursó y del cual hace parte en la lista de elegibles, es procedente su nombramiento, pues está demostrado su existencia, pese a que



Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia de tutela de segunda instancia. M.P. Solange Blanco Villamizar. Diana Milena Mejía Cabeza Vs. SENA y CNSC. Vinculados: DAFP y Eumelia Aguilar Vargas. Exp. 680013333007-2020-00144-01.

el nominador del SENA le cambió su perfil temático de “servicio de alojamiento” por “Turismo”.

Por último, cita como un caso análogo el decidido por este Tribunal en Sentencia de Segunda Instancia Radicado 2020-00114-01 de fecha 13 de octubre de 2020 y lo decidido por la H. Corte Constitucional en Sentencia T-340/2020.

## **V. CONSIDERACIONES**

### **A. Acerca de la competencia**

Recae en esta Corporación, según lo previsto en el art. 1° del Decreto 1382 de 2000 y el art. 37 del Decreto 2591 de 1991. De otra parte, el recurso fue interpuesto oportunamente por la parte accionante.

### **B. De la procedencia de la acción de tutela en el en el marco de concursos de mérito para cargos públicos**

De la reseña que antecede, se tiene, en síntesis, que la aquí accionante, busca el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, petición y acceso al empleo público, que dice, se encuentran amenazados por la negativa de las accionadas de no autorizar el uso de la lista de elegibles que integra para proveer la vacante no convocada de Instructor del Centro de Servicios Empresariales y Turísticos Regional Santander con IDP 7351, que señala es equivalente al cargo que ella concursó - Instructor, código 3010 G en servicio de alojamiento, OPEC 60069 -, pero que posteriormente le fue cambiado su perfil temático de “servicio de alojamiento” a “turismo” por el nominador de la entidad.

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que, la tutela se torna improcedente como mecanismo principal para cuestionar decisiones de nombramientos y uso de listas de elegibles ya consolidadas, la Sala determina y resuelve el siguiente problema jurídico, así:



Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia de tutela de segunda instancia. M.P. Solange Blanco Villamizar. Diana Milena Mejía Cabeza Vs. SENA y CNSC. Vinculados: DAFP y Eumelia Aguilar Vargas. Exp. 680013333007-2020-00144-01.

**PJ1: ¿Es procedente la acción de tutela, pese a la existencia de otros mecanismos judiciales, para la protección de los derechos fundamentales al mérito, debido proceso, acceso al empleo público tras concurso de mérito, igualdad y trabajo?**

**Tesis: Sí**

**Fundamento Jurídico:** El Tribunal prohija en un todo el análisis de procedencia de la tutela que hace la Corte Constitucional en su Sentencia T- 340 del 21 de agosto de 2020, en la que en sede de revisión confirma una sentencia de tutela proferida por este Tribunal<sup>1</sup>, según el cual, aunque en principio la regla general es la no procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos proferidos en el marco de concurso de méritos, en tanto que existe mecanismo ordinario en el que inclusive existe la posibilidad de proferir medida cautelar de diverso tipo, la tutela, excepcionalmente se torna procedente, **cuando el análisis del caso, muestra que ese mecanismo ordinario no es idóneo y eficaz para resolver la controversia a partir de la naturaleza de la disputa de los hechos del caso y de su impacto respecto de derechos y garantías constitucionales.**

De esta manera, concluye la Sala que la acción de tutela es procedente en el caso que nos ocupa de manera excepcional, pues aun cuando existen medios de defensa ordinarios para debatir las decisiones de la administración tendientes al uso de listas de elegibles vigentes para proveer el cargo en el que aspira la accionante ser nombrada, **el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública, es el que trasciende de un ámbito meramente administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional**, lo que hace que sea necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantiza la protección de los derechos fundamentales, pues la señora Diana Milena Mejía Cabeza se encuentra actualmente ocupando el primer lugar de la lista de elegibles integrada mediante Resolución No. CNSC 20182120190725 DEL 24.12.2018, que se encuentra vigente y que tiene un plazo de vencimiento que puede ser inferior a la duración de un proceso ordinario.

<sup>1</sup> Sentencia del 03 de julio de 2019, accionante José Fernando Ángel Porras Vs. I.C.B.F. y la CNSC. Magistrado Ponente Rafael Gutiérrez Solano. Radicado No. 686793333003-2019-00131-01.



Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia de tutela de segunda instancia. M.P. Solange Blanco Villamizar. Diana Milena Mejía Cabeza Vs. SENA y CNSC. Vinculados: DAFP y Eumelia Aguilar Vargas. Exp. 680013333007-2020-00144-01.

Expuesto lo anterior, el problema jurídico se circunscribe a determinar lo siguiente:

**PJ2. ¿Vulneran las entidades accionadas los derechos fundamentales al debido proceso, al mérito y al acceso y ejercicio de cargos públicos, al no autorizar el uso del cargo de Instructor, código 3010 G en “servicio de alojamiento”, OPEC 60069, al empleo de Instructor con IDP 7351 del Centro de Servicios Empresariales y Turísticos Regional Santander, por presuntamente haberse modificado el eje temático de este último de “servicio de alojamiento” a “turismo”?**

**Tesis: Sí.**

**Fundamento Jurídico:** Análisis de las pruebas establecen que si bien no se encuentra acreditado el supuesto cambio de perfil que afirma la accionada el “nominador de la entidad” realizó a la vacante Instructor con IDP 7351 del Centro de Servicios Empresariales y Turísticos Regional Santander, sí se encuentra acreditada la existencia de dicha vacante con nombramiento provisional con el mismo eje temático de “servicio de alojamiento” del cargo de **Instructor, código 3010 G en “servicio de alojamiento”, OPEC 60069** para el cual la accionante concursó y actualmente se encuentra en el puesto No. 1 de la lista de elegibles, lo que en principio pudiera afirmarse que corresponden al mismo nivel (Instructor), categoría y grado al que fue reportado en la precitada OPEC 60069, se trata este y aquel del mismo empleo, y misma ubicación geográfica, como lo considera el accionante, circunstancia que permite concluir que como dicha vacante alcanzaría a ser provista por ella atendiendo a que ocupa el primer lugar en la lista de elegibles, atendiendo al principio de mérito le dan derecho al acceso a la función pública – SENA -, de acuerdo con el estudio técnico de equivalencia que deba efectuar las entidades.

**En el presente caso se encuentra probado:**

1. Que la accionante se inscribió a la Convocatoria No. 436 de 2017 de la Comisión Nacional Del Servicio Civil – CNSC - dentro del proceso de selección para proveer el cargo de Instructor, código 3010 G en “servicio de alojamiento”, OPEC 60069 en



Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia de tutela de segunda instancia. M.P. Solange Blanco Villamizar. Diana Milena Mejía Cabeza Vs. SENA y CNSC. Vinculados: DAFP y Eumelia Aguilar Vargas. Exp. 680013333007-2020-00144-01.

el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, aprobando todas las etapas del concurso y, por ende, se ubicó en la lista de elegibles, ocupando en la actualidad el primer puesto, como se extrae del expediente digital. Dicha lista en la actualidad se encuentra en firme y, vigente de acuerdo con lo establecido en el artículo sexto de la Resolución No. CNSC 20182120190725 DEL 24.12.2018.

2. Si bien la accionante en escrito de tutela, y a modo de ejemplo, señala que, mediante oficio del 11 de junio, radicado 20203200636812 (Folio 55 del archivo 01 del expediente digital) el Coordinador del Grupo de Relaciones Laborales del SENA, afirma haberse solicitado un cambio de perfil del cargo con IDP3183, lo cierto es que no se encuentra acreditado en el trámite de esta tutela, que ocurra lo mismo con la vacante Instructor con IDP 7351 del Centro de Servicios Empresariales y Turísticos Regional Santander, que dice la accionante fue cambiado su eje temático de “servicio de alojamiento” por “turismo”.

3. No obstante lo anterior, se encuentra acreditado según el oficio del 26 de febrero de 2020 radicado No 68-2-2020-004 (Folio 58), suscrito por el Coordinador Grupo de Apoyo Admin. Mixto del SENA, y la respuesta a una solicitud elevada por la accionante sobre las vacantes existentes de instructor del área temática de servicio de alojamiento de la red hotelera y turismo, suscrita por el Director Regional del SENA, visible al folio 57, que, en efecto, en el Centro de Servicios Empresariales y Turísticos de la Regional Santander “existe un nombramiento en provisionalidad identificado con el ID 7351” con el área temática de “servicio de alojamiento”.

Entonces, existiendo un empleo en el Centro de Servicios Empresariales y Turísticos de la Regional Santander cuya denominación (instructor) y eje temático es coincidente con la denominación y eje temático del que fue objeto de la Convocatoria No.436 de 2017, empleo denominado Instructor, código 3010 G en “servicio de alojamiento”, OPEC 60069, en principio pudiera afirmarse que corresponden al mismo nivel (Instructor), categoría y grado al que fue reportado en la precitada OPEC 60069, se trata este y aquel del mismo empleo, y misma ubicación geográfica, como lo considera el accionante; y como dicha vacante



Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia de tutela de segunda instancia. M.P. Solange Blanco Villamizar. Diana Milena Mejía Cabeza Vs. SENA y CNSC. Vinculados: DAFP y Eumelia Aguilar Vargas. Exp. 680013333007-2020-00144-01.

alcanzaría a ser provista por ella atendiendo a que ocupa el primer lugar en la lista de elegibles, de modo que sus méritos le dan derecho al acceso a la función pública – SENA – con base al apoyo en el criterio orientados de la Corte Constitucional en su Sentencia C-319 de 2010, según el cual,

“cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, correspondiente a la misma denominación el empleo de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador”.

Empero, el Acuerdo 562 de 2016, “por el cual se reglamenta la conformación, organización y uso de las listas de elegibles y del banco nacional de listas de elegibles para las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa, a las que aplica la Ley 909 de 2004”, en su artículo 11, en concordancia con el artículo 32 Ib., referida al uso de una lista de elegibles, fija en cabeza de la CNSC el deber de enviar de oficio o a solicitud de los respectivos nominadores (o personas delegadas para ello), la lista de personas con las cuales se debe proveer definitivamente los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes y que hayan sido objeto del concurso y realizar el cobro respectivo, si a ello hubiere lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del referido Acuerdo.

Considera la Sala que, esta facultad, se extiende a las vacancias definitivas que se generen, **diversas a las que fueron ofertados, cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos de las listas de elegibles**, puesto que, no obstante que el legislador (Ley 1960 de 2019) autorizó el uso de listas de elegibles vigentes para proveer las vacantes que se lleguen a presentar en vigencia de la lista, lo supedita a la misma naturaleza y perfil, asuntos que compete a la CNSC dilucidar con el respectivo estudio técnico en sede administrativa, si ello tiene ocurrencia; si estos requisitos se cumplen, y, al juez de lo contencioso administrativo en sede ordinaria, juzgar si esa actuación administrativa se ajusta o no a la legalidad.



Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia de tutela de segunda instancia. M.P. Solange Blanco Villamizar. Diana Milena Mejía Cabeza Vs. SENA y CNSC. Vinculados: DAFP y Eumelia Aguilar Vargas. Exp. 680013333007-2020-00144-01.

Así, encuentra la Sala que la competencia de la CNSC en tratándose de concursos de méritos se circunscribe a autorizar el uso de la lista de elegibles contenida para este caso, en la Resolución No. CNSC 20182120190725 DEL 24.12.2018, para proveer la vacancia definitiva que ocupa la atención de la Sala en esta tutela y, en todo caso, compete al Juez de lo Contencioso Administrativo el juzgamiento en sede ordinaria sobre la legalidad de la decisión del SENA que se apoye en esa o no autorización, razón por la cual, se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar, se ordenará:

1. A la CNSC, y al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA que, dentro del marco de sus competencias y dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencias de los empleos vacantes no convocados cargo Instructor con eje temático “servicio de alojamiento”, especialmente el identificado con IDP7351, surgido con posterioridad a la convocatoria 436/2017.

2. Una vez efectuado lo anterior, y se verifique que se trata de una vacante igual o equivalente al empleo denominado Instructor, código 3010 G en “servicio de alojamiento”, OPEC 60069, para el cual la accionante concursó; se ordena al SENA que dentro de los cinco (5) días siguientes realice el nombramiento en periodo de prueba de la señora DIANA MILENA MEJÍA CABEZA, con cédula de ciudadanía No.63.498.237 como integrante del primer lugar de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. CNSC 20182120190725 DEL 24.12.2018, para lo cual, debe tener en cuenta que el vencimiento de la misma se generará el 24 de enero de 2021, por lo que amerita que para el cumplimiento de la presente orden elimine cualquier barrera administrativa que demore su cumplimiento.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Santander, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## FALLA

**Primero. Revocar** la Sentencia del 06/10/2020, proferida por el señor Juez Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga,



Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia de tutela de segunda instancia. M.P. Solange Blanco Villamizar. Diana Milena Mejía Cabeza Vs. SENA y CNSC. Vinculados: DAFP y Eumelia Aguilar Vargas. Exp. 680013333007-2020-00144-01.

Santander, de acuerdo a las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente providencia. En su lugar:

**Segundo. Amparar** los derechos al mérito, debido proceso y acceso al empleo público de la señora **DIANA MILENA MEJÍA CABEZA**, con cédula de ciudadanía No. 63.498.237 y para tal efecto:

**Tercero. Ordenar** a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, y al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA:

1. A la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, y al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA que, dentro del marco de sus competencias y dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente fallo, de manera conjunta, efectúen el estudio de equivalencias de los empleos vacantes no convocados cargo Instructor con eje temático “servicio de alojamiento”, especialmente el identificado con IDP7351, surgido con posterioridad a la convocatoria 436/2017.

2. Una vez efectuado lo anterior, y se verifique que se trata de una vacante igual o equivalente al empleo denominado Instructor, código 3010 G en “servicio de alojamiento”, OPEC 60069, para el cual la accionante concursó; se ordena al SENA que dentro de los cinco (5) días siguientes realice el nombramiento en periodo de prueba de la señora DIANA MILENA MEJÍA CABEZA, con cédula de ciudadanía No.63.498.237 como integrante del primer lugar de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. CNSC 20182120190725 DEL 24.12.2018, para lo cual, debe tener en cuenta que el vencimiento de la misma se generará el 24 de enero de 2021, por lo que amerita que para el cumplimiento de la presente orden elimine cualquier barrera administrativa que demore su cumplimiento.

**Cuarto. Notificar** el presente fallo por el medio más expedito o en la forma señalada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**Quinto. Comunicar** la presente decisión al juzgado de origen.

**Sexto.** Ejecutoriada esta decisión, **remítase por la Secretaría de la Corporación el expediente a la Corte Constitucional** para su



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia



825780-1-0

**SIGCMA-SGC**

Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia de tutela de segunda instancia. M.P. Solange Blanco Villamizar. Diana Milena Mejía Cabeza Vs. SENA y CNSC. Vinculados: DAFP y Eumelia Aguilar Vargas. Exp. 680013333007-2020-00144-01.

eventual revisión, en concordancia con lo establecido en los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519 y PCSJA20-11521 del mes de marzo de 2020, proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.** Aprobado en Sala, **Acta No.93/2020.**

**Los Magistrados,**

**SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR**

**Ponente**

(Aprobado en plataforma Teams)

**RAFAEL GUTIÉRREZ SOLANO**

(Aprobado en plataforma Teams)

**IVÁN MAURICIO MENDOZA SAAVEDRA**

(Aclaración de voto)



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**  
**SALA DE DECISIÓN No. 6**  
**MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS**

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

**REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA**

**ACCIONANTE:** LEIDY ALEXANDRA INFANTE CAMARGO

**ACCIONADO: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y OTRO**

**RADICACION:** 15238 3333 003 2020 00081 01

**I. ASUNTO A RESOLVER**

Procede la Sala a pronunciarse respecto de la impugnación presentada por la accionante contra el fallo de tutela proferido el 6 de octubre de 2020 por el Juzgado Tercero Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Duitama, en el que se resolvió inaplicar por inconstitucional para el caso de la accionante el "*criterio unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019"*", proferido por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el 16 de enero de 2020, y negó el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, de los niños, de petición, igualdad y al acceso al empleo público invocados por la accionante.

**II. ANTECEDENTES**

**2.1. DEMANDA DE TUTELA:**

La señora LEIDY ALEXANDRA INFANTE CAMARGO interpuso acción de tutela en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC y SERVICIO

NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, con el fin de que se le protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, derecho de los niños, de petición, igualdad y al acceso al empleo público tras concurso de merito (sic), los cuales considera vulnerados por las entidades accionadas al no haberse dado el tratamiento que corresponde a la vacancia definitiva, o a los empleos que se encuentran provistos en provisionalidad o por encargo y que corresponden a un empleo equivalente, de similar denominación, funciones, grado, y salario, que el de los empleos contenidos en la lista de elegibles de la OPEC 60375 de la Convocatoria 436 de 2017 de la CNSC. 3, del que hace parte.

Como consecuencia del amparo pretendido, solicitó que se ordene a las entidades accionadas realizar los trámites administrativos pertinentes para dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 6° y 7° de la Ley 1960 de 2019 y se autorice el uso de la lista de elegibles conformada mediante Resolución N° CNSC - 20182120139695 del 17 de octubre de 2018, respecto al cargo de Profesional Grado 8 código 60375, en uno de los empleos que se encuentran en provisionalidad, encargo o vacantes, teniendo en cuenta que el mismo fue convocado a concurso y la lista de elegibles se encuentra vigente.

Adicionalmente, solicitó que se ordene a la CNSC que oferte los empleos del cargo de profesional grado 8 código 60375 y una vez se autorice la lista de elegibles y se encuentre en firme, se remita al SENA para que proceda a efectuar su nombramiento en una de las vacantes descritas.

Finalmente solicitó INAPLICAR por inconstitucional el criterio unificado de uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019, emanado de la CNSC el 16 de enero de 2020.

Como fundamento **fáctico** de sus pretensiones, indicó que mediante Acuerdo No. CNSC-20171000000116 DE 24- 07-2017, aclarado por el acuerdo No. 20181000001006 del 08 de junio, la CNSC convocó a Concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de

personal perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, Convocatoria No. 436 de 2017 - SENA", convocatoria en la que se convocó a concurso abierto de méritos para proveer 3.766 empleos con 4.973 vacantes, pertenecientes al Sistema General de Carrera, a la cual se inscribió la accionante para el empleo de profesional grado 8, de la OPEC 60375, cumpliendo con cada una de las etapas establecidas en el proceso, alcanzando el tercer lugar en la lista de elegibles y posteriormente el segundo lugar por la recomposición automática de las listas, realizada por medio de Resolución N° CNSC - 20182120139695 del 17 de octubre de 2018, asegurando, que actualmente ocupa el 1° por recomposición automática de la lista de elegibles.

Aseguró, que el día 17 de marzo de 2020 interpuso acción de tutela contra la CNSC y el SENA, la cual fue declarada improcedente en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera - Subsección B; por hechos fácticos y jurídicos diferentes al amparo solicitado en la presente acción. Procediendo seguidamente a presentar derechos de petición al SENA radicados bajo los Nos. "7-2020- 139619 - NIS.: 2020-01-190200 de Fecha: 24/08/2020, en los que solicitó información respecto de las vacantes existentes en el cargo de profesional grado 8; igualmente, mediante derecho de petición radicado No. "7-2020-143291 - NIS.: 2020-01-194622 de Fecha: 28/08/2020, pidió a la entidad, entre otras cosas, que procediera a realizar los trámites para que sea nombrada en los cargos que cumplan con los requisitos de la lista de elegibles de la que hace parte, en caso de que haya otra vacante (bien sea definitiva, provista mediante encargo o nombramiento provisional) en un empleo con las mismas características, como lo establece el artículo 6° la Ley 1960 del 2019, obteniendo respuesta negativa a dicha petición, con argumentos que a su juicio son contrarios a la Ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Adujo que el 1° de agosto de 2019 la Comisión Nacional del Servicio Civil emitió un *"Criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019"*, a través del cual restringió la aplicabilidad de lo dispuesto para la

reforma de la Ley 909 de 2004, en lo que respecta al uso de las listas de elegibles para proveer vacancias definitivas, especificando que la reforma legal sólo podía ser aplicada para proveer vacancias en las convocatorias a concurso de mérito realizadas con posterioridad de la entrada en vigencia de la citada ley, pero que el día 16 de enero de 2020 la CNSC expidió el CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" revocando el criterio unificado de 1 agosto de 2019.

Por último, informó que es madre cabeza de familia de dos niñas menores de 20 meses y tres años de edad.

## **2.2. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama profirió fallo de tutela en el presente asunto mediante providencia fechada el 06 de octubre de 2020, en el que resolvió i) inaplicar por inconstitucional para el caso de la accionante el "*criterio unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019"*", proferido por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el 16 de enero de 2020, y ii) negó el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, de los niños, de petición, igualdad y al acceso al empleo público invocados por la accionante.

Como fundamento de la referida determinación, la Juez de instancia inició por precisar que en el presente caso la acción de tutela se convierte en el mecanismo idóneo y eficaz de defensa judicial para resolver la controversia planteada, debido a que las pretensiones están encaminadas a obtener el amparo de los derechos fundamentales invocados, y como consecuencia de ello que se de aplicación a lo previsto en la ley 1960 de 2019 a efectos de que la accionante sea nombrada y posesionada en cargo de Profesional Grado 8 código 60375 de la Convocatoria 436 de 2017, en uno de los empleos que se encuentran en provisionalidad, encargo o vacantes y que corresponden a un empleo equivalente, teniendo en cuenta que la lista de elegibles de la que hace parte,

está próxima a vencer en el mes de noviembre del presente año, por lo que necesita medidas urgentes que no son provistas a través del medio de control como el de nulidad y restablecimiento del derecho.

Seguidamente, al estudiar la presunta vulneración del derecho de petición, adujo que las pruebas obrantes en el plenario permiten evidenciar que el SENA dio respuesta a las peticiones presentadas por la accionante, las cuales fueron puestas en conocimiento de la misma, precisando que no se debe entender conculcado este derecho cuando la autoridad responde oportunamente al peticionario, aunque la respuesta sea negativa.

Posteriormente, señaló que el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020 de la CNSC, resulta inconstitucional, por transgredir el artículo 125 de la Constitución Política, que establece que *"los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera"* y que *tanto el ingreso como el ascenso a los mismos "(...) se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes"*. Además, que con la determinación adoptada por la CNSC se desconoce el derecho de igualdad de quienes tienen a penas la expectativa de un derecho que no ha sido consolidado (nombramiento), y trunca la posibilidad para que las listas de elegibles de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019 puedan seguir siendo utilizadas para aquellas personas que cuentan con una simple expectativa de ser nombradas como ocurre con el caso de la accionante, razones por las que hizo uso de la excepción de inconstitucionalidad establecida en el artículo 4º de la Constitución Política, e inaplicó para el caso particular de la accionante el "criterio unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019" expedido por la CNSC, por resultar contrario a la Carta Política.

Adicionalmente, consideró dable aplicar retrospectivamente la Ley 1960 de 2019 al caso de la accionante, puesto que su situación no se encuentra consolidada dentro de la Convocatoria 436 de 2017, ya que esto solo se predica para la

persona que ocupó el primer lugar en la lista, la cual ya fue nombrada (NIYIRETH SÁNCHEZ HASTAMORIR. PUNTAJE (75.62). (fl.646) (fls. 761 y 762). Sin embargo, indicó que del cuadro comparativo de los cargos vacantes o en encargo que existen en el SENA de profesional grado 8, códigos 230, 9236, 303 y 4303, se pueda evidenciar que los mismos no corresponden a cargos equivalentes, precisando que si bien coinciden en algunos aspectos como el grado, requisitos de experiencia y en algunos casos los requisitos de estudio y las asignaciones básicas mensuales no tienen diferencias significativas, lo cierto es que pertenecen a procesos administrativos diferentes (GESTIÓN JURÍDICA, GESTIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL INTEGRAL, GESTIÓN CONTRACTUAL Y DIRECCIONAMIENTO ESTRATÉGICO), cuentan con diferentes propósitos y funciones, que difieren sustancialmente del cargo de profesional universitario grado 8, OPEC 60375, proceso Administrativo: GESTIÓN DE EMPRENDIMIENTO Y EMPRESARISMO, al que inicialmente se inscribió la accionante dentro de la convocatoria 436 de 2017, sin que puedan considerarse equivalentes como lo afirma la accionante.

Por las anteriores razones, la Juez de instancia concluyó que no se advierte vulneración del derecho fundamental de igualdad, debido a que las vacantes existentes en el SENA, en el cargo de profesional grado 8 identificadas con los códigos 230, 9236, 303 y 4303, no pueden ser ocupadas por aquellas personas que conforman la lista de elegibles establecida en la Resolución N° CNSC - 20182120139695 del 17 de octubre de 2018 de la cual hace parte la accionante, debido a que los cargos vacantes ostentan diferentes propósitos y cumplen diferentes funciones, por lo que aseguro que tampoco se encuentran vulnerados los derechos fundamentales al acceso a los cargos públicos y debido proceso, al no evidenciarse un actuar arbitrario e injustificado por parte de las accionadas al negarse a dar aplicación a dicha lista de elegibles.

**2.3. IMPUGNACIÓN DEL FALLO DE TUTELA:** Inconforme con la decisión de primera instancia, la accionante interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria del mismo y que, consecuentemente, se acceda al amparo

pretendido, aduciendo que cumple con las características de equivalencia según lo establecido en la Ley de la OPEC 60375 para la cual participó, con la IDP 303 del SENA, y que adicional a éste, existen más empleos vacantes ocupados en encargo o en provisionalidad que son equivalentes al OPEC 60375.

Indicó que la CNSC viola el principio de inescindibilidad de la norma porque en el Concepto Unificado de enero de 2020 solo toma del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 la parte de "mismo empleos", desechando la utilización de los empleos equivalentes, por lo que asegura que dicho concepto es inconstitucional, en la medida en que desafía flagrantemente el artículo 125 de la Constitución Nacional, y que en atención a dicho concepto, el SENA al mostrar las vacantes, no las asocia con empleos equivalentes, sino que toma solamente la definición del mismo empleo (que aparece en el acuerdo CNSC 0165 de 2015).

Adicionalmente, expuso que hubo error en la valoración de la prueba, debido a que cuando se configuró por primera vez la OPEC, quedó en la lista de elegibles en el segundo lugar, y por recomposición automática de la misma, ahora está en el primer lugar, debido a que la primera persona en la lista tomó posesión del cargo.

Refirió que no hay congruencia en la sentencia porque a pesar de ordenarse la inaplicación del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020; no tiene en cuenta la definición clara y precisa del concepto de "empleo equivalente" establecido en el Decreto 1083 de 2015, y en las definiciones de la propia CNSC en el acuerdo 0165 de 12 de marzo de 2020, incurriéndose en un defecto procedimental notorio.

**ESCRITO ACLARATORIO.** Mediante correo enviado el 26 de octubre del año en curso, la accionante informó que el 22 de septiembre de 2020 la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un nuevo Criterio en el que además de contemplar la definición de "Empleo Equivalente" también tiene en cuenta en su plenitud, el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, el cual dispone que las listas de

elegibles producto de un proceso de selección se usarán para proveer vacantes definitivas de los “mismos empleos” o “empleos equivalentes”, en los casos previstos en la Ley.

**2.4. COADYUVANTES:** Los señores ALEYDA ASPRILLA AVILA, identificada con C.C. No. 54.251.503 de Quibdó (Chocó); Cristhian Felipe Salinas Cruz, identificado con C.C. No. 16.986.889 de Palmira; Damaris Gómez Díaz, identificada con C.C. No 52.212.646 de Bogotá, Dina Luz Sánchez Ardila, identificada con C.C. No. 21.022.760 de Tocancipá, JOSE RICARDO LÓPEZ CARO identificado con C.C. No. 5872905 de Cunday, LIZABETH LOPERA LEÓN identificada con C.C. No 51.982.013 de Bogotá, JORGE ENRIQUE CORREA CASTELLAR, Identificado con C.C. No 72.172.574 de Barranquilla, y Yoneid Patricia Villa García c.c. 32.|778.012 de barranquilla, presentaron escrito de coayuvancia en el que solicita se acceda a las pretensiones de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en que hacen parte de la misma lista de elegibles que la accionante, y que al igual que la misma se la han vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a cargos públicos, al no ser nombrados en cargos equivalentes creados con posterioridad a la convocatoria No. 436 de 2017 – SENA.

Como aportes para apoyar las pretensiones de la tutela, indicaron que es procedente al presente caso y a la situación de cada uno de los coadyuvantes, la situación más favorable al trabajador consistente en retrospectividad, en aras de utilizar la lista de elegibles vigente que integran, para proveer las vacantes definitivas no convocadas. Precizaron que “con la aplicación retrospectiva de la ley 1960 de 2019, en el presente asunto es factible consolidar listas del orden departamental o nacional, con el fin de ocupar vacantes no convocadas, con personal que se encuentre en las listas de elegibles vigentes, independientemente de la ubicación geográfica del cargo respecto del cual se conformó la lista.”

Adicionalmente, solicitaron que para resolver el caso de la accionante se tenga en el fallo Tribunal superior de Medellín julio veinticuatro (24) de dos mil veinte

(2020). Radicado: 050013109027202000045 (081), Accionante: Diana Patricia Gómez Madrigal, Accionado: Comisión Nacional del Servicio Civil, Referencia: Tutela 2ª Instancia, M. Ponente: Santiago Apráez Villota, Aprobado en Acta No. 079, así como las siguientes sentencias proferidas en el mismo sentido:

*"Radicado: 76001-33-021-2019-00234-01, Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Accionante Jessica Lorena reyes; M.P. Zorany Castillo Otálora: Proferido el 18 de noviembre de 2019, fallo de segunda instancia. - Radicado: 15001-33-33-012-2020-00007-01, Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, Accionante, Fabián Orlando Orjuela; M.P. Clara Eliza Cifuentes Ortiz, Proferido el 12 de marzo de 2020 fallo de segunda instancia. - Radicado: 11001-33-42-055-2020-00079-00, Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca sección primera –Subsección A, Accionante Manuel Fernando Duran Gutiérrez, M.P. Luis Manuel Lazzo Lozano, Proferido el 16 de junio de 2020 fallo de segunda instancia. - Radicado: 73001-33-33-005-2020-00058-01, Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, Accionante, Alexis Díaz González y otros, M.P. José Andrés Rojas Villa, Proferido el 14 de abril de 2020 fallo de segunda instancia. - Radicado: 19-001-31-05-002-2020-00072-01 Tribunal Superior del Distrito judicial de Popayán, sala laboral, Accionante, Ángela Cecilia Adustillo Montenegro, M.P. Leónidas Rodríguez Cortez, Proferido el 09 de junio de 2020 fallo de segunda instancia. - Radicado: 15238-31-04-002-2020-00002-01, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, Accionante, Luis Orlando Buitrago Sánchez, M.P. Eurípides Montoya Sepúlveda, Proferido el 25 de junio de 2020 fallo de segunda instancia. - Radicado: 76147-33-33-001-2020-00065-00, Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Accionante, Luisa María Flórez Valencia M.P. Omar Edgar Borja Soto, Proferido el 30 de abril de 2020 fallo de segunda instancia. - Radicado: 52-001-33-33-007-2020-00041, Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, Accionante, Andrés Mauricio Jaramillo Vallejo, M.P. Paulo León España Pantoja, Proferido el 24 de junio de 2020 fallo de segunda instancia. - Radicado: 171743104001-2020-0000090-1, Tribunal Superior Penal- Manizales, Accionante, Eleonora Maya Ospina, M.P. Antonio María Toro Ruiz, Proferido el 17 de abril de 2020 fallo de segunda instancia. - Radicado: 680013333011-2020000070-00, Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, Accionante, Patricia Caicedo Lara, M.P. Rafael Gutiérrez Solano, Proferido el 19 de mayo de 2020 fallo de segunda instancia. - Radicado: 110001-03-15-000-2020-1727-00 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo –sección tercera Subsección A, Accionante, Roberto Salazar Fernández, Sentencia de tutela de primera instancia (Sentencia que apoyó el fallo del Tolima). - Radicado: 190013110002-2020-0011-001, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán Sala Civil Familia, Accionante, Eliud Velasco Gómez M.P. Manuel Antonio Burbano Goyes, Proferido el 6 de agosto de 2020 fallo de segunda instancia. - Radicado: 11001334205520200013001, Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Accionante, Luz Helena Arévalo Rodríguez, M.P. Alfonso Sarmiento Castro, Proferido el 4 de septiembre de 2020 fallo de segunda instancia. - Radicado: 05001 33 33 031-2020-00152-01 Acumulado con proceso 050013333031-2020-00054-01, Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia Sala Quinta Mixta, Accionantes, Gustavo Adolfo pineda pineda y Wilson Bastos Delgado, M.P. Daniel Moreno Betancur, Proferido el 15 de septiembre de 2020 fallo de segunda instancia."*

### **III. CONSIDERACIONES**

#### **3.1. COMPETENCIA:**

Este Tribunal es competente para decidir en segunda instancia la tutela de la referencia, con fundamento en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

#### **3.2. PROBLEMA JURÍDICO:**

Se contrae a determinar si las entidades accionadas han vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, relacionados con el debido proceso, derecho de los niños, de petición, igualdad y al acceso al empleo público tras concurso de merito (sic), por no haber sido nombrada en un empleo equivalente de carrera administrativa que se encuentre vacante en la planta de personal del SENA, y que tenga similar denominación, funciones, grado, y salario, que el de los empleos contenidos en la lista de elegibles de la OPEC 60375 (Profesional Grado 8) de la Convocatoria 436 de 2017 de la CNSC.

#### **3.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

##### **3.3.1. Derecho al debido proceso administrativo**

El derecho al debido proceso es un derecho fundamental previsto en el artículo 29 de la Carta Política, el cual se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas con el fin de que los integrantes de la comunidad, en virtud del cumplimiento de los fines esenciales del Estado, puedan defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Constitución.

La jurisprudencia de la Corte ha definido el debido proceso administrativo como: "**(i)** el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la

*administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal". Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca "(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados"*<sup>1</sup>

Del mismo modo ha señalado que existen unas garantías mínimas en virtud del derecho al debido proceso administrativo, dentro de las cuales encontramos las siguientes: "*(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso"*<sup>2</sup>; garantías que deben ser atendidas por la administración so pena de concretar la vulneración de los principios que gobiernan la actividad administrativa, (igualdad, imparcialidad, publicidad, moralidad y contradicción).

### **3.3.2. El derecho de acceso a los cargos públicos. A la carrera administrativa a través del concurso de méritos.**

El artículo 125 de la Constitución establece el mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración que consiste en que el Estado cuente "*con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud*

---

<sup>1</sup> Sentencia T – 010 de 2017.

<sup>2</sup> Sentencia C-214 de 1994

*para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública”<sup>3</sup>.*

El mismo precepto establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público. En los términos de este artículo los funcionarios con sistemas de nombramiento que no han sido determinados por la Constitución o la ley serán nombrados por concurso público.

Ahora bien, la importancia de la carrera administrativa como pilar del Estado Social de Derecho, se puso de relieve por la Corte Constitucional en la sentencia C-588 de 2009, donde se indicó que el sistema de carrera administrativa tiene como soporte principios y fundamentos propios de la definición de Estado que se consagra en el artículo 1º constitucional, y su incumplimiento o inobservancia implica el desconocimiento de los fines estatales; del derecho a la igualdad y la prevalencia de derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como el acceso a cargos públicos y el debido proceso.

Así, la jurisprudencia constitucional ha definido la carrera como un sistema técnico en el que se administra el personal de organismos y entidades estatales, teniendo como objetivo la preservación de la estabilidad y del derecho de promoción de los trabajadores, garantizando la excelencia en la prestación del servicio y la eficiencia en la administración pública y de las actividades estatales, generando igualdad de oportunidades para ingresar, capacitarse y ascender en el servicio público, basándose solamente en el mérito y en las calidades de los aspirantes.

La Corte Constitucional ha señalado que la carrera tiene el carácter de principio del Estado Social de Derecho y del Ordenamiento Superior, y como tal, cuenta con objetivos tales como: **(i)** la realización de la función administrativa (art. 209 superior) al servicio de intereses generales y además es desarrollada de acuerdo

---

<sup>3</sup> Sentencia de la Corte Constitucional sentencia SU-086 de 1999.

con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, **(ii)** el cumplimiento de los fines esenciales del Estado (art. 2 constitucional) como servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, **(iii)** garantizar el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político a través del acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40-7 de la Constitución), **(iv)** salvaguardar el derecho a la igualdad (art. 13 de la Carta), y **(v)** proteger los principios mínimos fundamentales de la relación laboral consagrados en el artículo 53 de la Carta<sup>4</sup>.

Debe señalarse además que la consagración del sistema de carrera fundado en el mérito propende por preservar y mantener en vigencia los derechos fundamentales de los individuos para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas y ejercer su derecho al trabajo en igualdad de condiciones y oportunidades de manera estable y contando con la opción de poder ascender de acuerdo con los resultados que haya demostrado en el desarrollo de los concursos a los cuales han tenido que someterse. De esta suerte, una vez superadas las etapas que supone una convocatoria que tenga por objeto proveer un cargo público, y conformado el registro de elegibles, nace para quienes cumplieron a satisfacción con cada una de las fases del mismo, el derecho de acceder al empleo, sin más limitaciones que aquella que se deriva del lugar que ocupa en el correspondiente registro.

### **3.4. CASO CONCRETO**

En el sub judice, la señora LEIDY ALEXANDRA INFANTE CAMARGO solicita que se le amparen los derechos fundamentales invocados, y, como consecuencia de ello, se ordene a las entidades accionadas que la nombren en un empleo equivalente de carrera administrativa que se encuentre vacante en la planta de personal del SENA, y que tenga similar denominación, funciones, grado, y

---

<sup>4</sup> Sentencias de la Corte Constitucional C-1079 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-963 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería; C-1230 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-666 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

salario, que el de los empleos contenidos en la lista de elegibles de la OPEC 60375 (Profesional Grado 8) de la Convocatoria 436 de 2017 de la CNSC. 3, de la que hace parte. Lo anterior, con fundamento en el principio de retrospectividad de la ley 1960 de 2019.

Por su parte, la Comisión Nacional de Servicio Civil- CNSC, y el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA, cuestionan la aplicación de la ley 1960 de 2019 en el presente caso, aduciendo, de una parte, que el artículo 7 de dicha norma estableció que la vigencia de la ley regía a partir de su publicación, esto es, del 27 de junio de 2019, y de otra, que la CNSC en concepto de 16 de enero de 2020, aclaró que *"las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los **"mismos empleos"** entienda, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC".* (fls. 471 a 639).

Visto lo anterior, y con el objeto resolver el litigio planteado, la Sala considera pertinente hacer un recuento de lo probado en el proceso, así como de las normas establecidas en la Convocatoria 436 de 2017 y demás normas concordantes que rigen la materia objeto de estudio, y el trámite administrativo adelantado por la CNSC y el SENA en torno a dicho asunto frente a la accionante.

Sea lo primero señalar que mediante Acuerdo 20171000000116 de 24 de julio de 2017, modificado por los Acuerdos 20171000000146 del 5 de septiembre de 2017, 20171000000156 de 19 de octubre de 2017, y 20181000000876 de 19 de enero de 2018 y aclarado por el 20181000001006 de 8 de junio de 2018, la CNSC convocó a un concurso abierto de méritos para proveer definitivamente

los empleos vacantes de la planta de personal del SENA (fls. 79 a 108, 503 a 542).

Entre los empleos ofertados en la que se denominó Convocatoria 436 de 2017-SENA, se encontraba el cargo **identificado con código OPEC 60375, denominado Profesional (SENA), Grado 8, Entidad: SENA, para el cual se ofertó una (1) vacante**, al cual se inscribió la accionante ocupando el tercer lugar en la lista de elegibles establecida por la CNSC mediante Resolución No. CNSC – 20182120139695 del 17 de octubre de 2018, por lo que el SENA nombró a quien ocupó el primer lugar; no obstante, por las reglas de recomposición automática de las listas de elegibles preestablecidas en la convocatoria (Art. 57<sup>5</sup> del Acuerdo N° CNSC - 20171000000116 del 24 de julio de 2017), le permite continuar en la misma (ahora ocupando el 1º lugar) hasta su vencimiento, tal como lo afirma la accionante y no lo controvierte las accionadas.

En el artículo 6º de la referida resolución se dejó establecido que la Lista de elegibles tendría una vigencia de dos (2) años, contados a partir de la fecha de su firmeza, conforme a lo establecido en el artículo 58 del Acuerdo No. 20161000001296 de 2016, en concordancia con lo estipulado por el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 (fl. 647).

En este punto, es del caso señalar que el artículo 31, numeral 4, de la ley 909 de 2004, que regía al momento de la convocatoria de la cual hace parte la accionante, consagraba lo siguiente:

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

---

<sup>5</sup> ARTÍCULO 57. RECOMPOSICIÓN DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES. Las Listas de Elegibles se recompondrán de manera automática, una vez los elegibles tomen posesión del empleo en estricto orden de mérito, o cuando estos no acepten el nombramiento o no se posesionen dentro de los términos legales, o sean excluidos de la lista con fundamento en lo señalado en los artículos 53º y 54º del presente Acuerdo.

En idénticos términos, el párrafo del artículo 56 del acuerdo No. 201700000116 de 2017, dispone:

*"Las listas de elegibles solo se utilizarán para proveer los empleos reportados en la OPEC de esta convocatoria, con fundamento en lo señalado en el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, mientras éste se encuentre vigente".*

Sin embargo; el artículo 6º de la ley 1960 de 2019, que modificó el numeral 4º del artículo 31 de la ley 909 de 2004, trae un nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil dentro de los procesos de selección aprobadas con anterioridad a su vigencia, esto es, junio 27 de 2019, en los siguientes términos:

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

En criterio de la CNSC, el referido régimen tiene aplicación en la actualidad para la provisión de las vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos. Así lo dejó establecido en criterio unificado de sesión realizada el 16 de enero de 2020, en los siguientes términos:

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

*"El nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas por la CNSC en el marco de los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer*

*las vacantes de los empleos que integran la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes de los "mismos empleos" o vacantes de empleos equivalentes". (subraya fuera de texto).*

De lo anterior se ha de colegir que se está en presencia de un tránsito legislativo que modificó sustancialmente la validez y funcionalidad de las listas de elegibles, ampliando la posibilidad de los concursantes de poder acceder a cargos iguales o equivalentes a los ofrecidos en la convocatoria, y que surjan con posterioridad a la misma.

En el presente caso, la accionante solicita que, en virtud del principio de retrospectividad, se le de aplicación a lo establecido en el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, a efectos de que sea nombrada en un cargo vacante equivalente al que concurso y del que ocupó el segundo lugar de la lista de elegibles.

En relación con la retrospectividad de la norma, la Corte Constitucional en Sentencia SU 309 de 2019, señaló que dicho fenómeno es consecuencia normal del efecto general e inmediato de la ley, y se presenta cuando las normas se aplican a situaciones que si bien surgieron con anterioridad a su entrada en vigencia, sus efectos jurídicos no se han consolidado al momento en que cobra vigor la nueva ley, puntualizando que *"el efecto en el tiempo de las normas jurídicas es por regla general, su aplicación inmediata y hacia el futuro, 'pero con retrospectividad, [...] siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal...'. De este modo, 'aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma<sup>6</sup>".*

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional Referencia: Expediente T-7.071.794. Acción de tutela formulada por Darío Gómez Suárez contra la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS Sentencia del 11 de julio de 2019.

Frente a la aplicación de los efectos de la ley en el tiempo, la Sentencia C-619 de 2001, precisó que las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley ésta es de aplicación inmediata.

El Consejo de Estado<sup>7</sup> ha dejado establecido que la consolidación del derecho que otorga el haber sido incluido en una lista de elegibles, se encuentra determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer<sup>8</sup>, así lo expreso:

*"(...) Por el contrario, frente a situaciones inciertas y eventuales que no se consolidaron al amparo de una normatividad anterior, opera un principio de aplicación inmediata de la ley, a la cual deberán adecuar su conducta quienes no hayan logrado llevar a su patrimonio derechos que concedía la norma derogada. Así, la Corte ha señalado que mientras los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos por las leyes ulteriores, por el contrario, las simples expectativas no gozan de esa protección, pues "la ley puede modificar discrecionalmente las meras probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho." Por ello, las expectativas que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho, pueden ser reguladas por el legislador "según las conveniencias políticas que imperen en el momento, guiado por parámetros de justicia y de equidad que la Constitución le fija para el cumplimiento cabal de sus funciones." Cabe agregar que, en todo caso, **la consolidación del derecho que otorga el haber sido incluido en una lista de elegibles, se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer ...**" (Subrayado fuera de texto)*

Concordante con lo anterior, la Corte Constitucional<sup>9</sup> ha sido reiterativa en señalar que "aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no

---

<sup>7</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda — Subsección A. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación No: 15001-23-33-000-2013 - 00563-02. Acción de tutela — Impugnación. Bogotá D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil catorce

<sup>8</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda — Subsección A. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación No: 15001-23-33-000-2013 - 00563-02. Acción de tutela — Impugnación. Bogotá D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil catorce

<sup>9</sup> Ver Sentencia T-156 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa. En la mencionada providencia se abordaron las consideraciones que a continuación se esbozan en relación con los derechos constitucionales fundamentales de los primeros puestos en los concursos de méritos

cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido.". Así lo expresó:

*"...las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme"<sup>10</sup>. Por otro lado, ha establecido que **"aquél que ocupa el primer lugar en un concurso de méritos no cuenta con una simple expectativa de ser nombrado sino que en realidad es titular de un derecho adquirido."**<sup>11</sup>*

(..)

*En el caso en estudio la lista de elegibles, en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58 Superior, en cuyos términos 'se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores (...)'.* A partir de dicho mandato, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos subjetivos que han entrado al patrimonio de la persona, no pueden ser desconocidos por la ley, salvo que ello sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado<sup>12</sup>. (...)<sup>13</sup>.

En este caso, según los antecedentes expuestos, la accionante fue incluida en una lista de elegibles que a la fecha de presentación de la acción de tutela se encontraba vigente, es decir, se está ante un derecho subjetivo adquirido, sin embargo, ese derecho no se ha concluido mediante el nombramiento en el empleo, lo cual implica que mantiene una expectativa frente a ello.

De las pruebas allegadas al plenario se observa que en vigencia de la lista de elegibles de la que hace parte la actora, se crearon empleos de similar clasificación que aquel para el cual concursó, interregno en el que fue expedida la Ley 1960 de 2019, por consiguiente, el fenómeno a examinar es el de la aplicación retrospectiva de la ley en tanto fue expedida luego de la convocatoria

---

<sup>10</sup> Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

<sup>11</sup> Sentencia T-455 de 2000; Sentencia SU-913 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio).

<sup>12</sup> Ver sentencias C-147 de 1997; C-155 de 2007; C-926 de 2000; C-624 de 2008; T-494 de 2008.

<sup>13</sup> Corte Constitucional Referencia: Expediente T-3281110. Acción de tutela instaurada por Lidia Aurora Rodríguez Avendaño contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana de Tunja. Magistrado Ponente Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Sentencia del 31 de mayo de dos mil doce (2012).

del concurso y de la conformación de la lista de elegibles, pero antes de su vencimiento.

Dentro de las referidas pruebas, encontramos las siguientes:

La accionante presentó derecho de petición fechado del 23 de agosto de 2020 ante el SENA, solicitante entre otras cosas que certificara los cargos de profesional grado 8 que se encuentren vacantes, en provisionalidad o en encargo, especificando la dependencia a la cual se encuentran adscritos, y si los mismos fueron o no reportados a la CNSC, y ofertados o no en la Convocatoria 436 de 2017 (fls. 690 a 692).

Posteriormente, mediante derecho de petición de fecha 27 de agosto de 2020, dirigido al Coordinador Grupo de Relaciones Laborales del SENA, la accionante solicitó se procediera a " *realizar los nombramientos en periodo de prueba definitivo de los cargos que tienen carácter de vacante, provisional y/o encargo en el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, que cumplan con los requisitos de la lista de elegibles conformada en virtud de la resolución No. 20182120139695 del 17 de octubre de 2018, es decir, en el cargo de Profesional Grado 08 ubicado en la Dirección General del SENA.*"

La Coordinación del grupo de Relaciones Laborales – Secretaría General Dirección General del SENA, dio respuesta a las peticiones presentadas por la accionante, mediante oficio de 21 de septiembre del año en curso, en los siguientes términos:

*"(...) Por lo tanto, es preciso indicar que el SENA ha efectuado el reporte de todas las vacantes definitivas existentes en la planta de personal a la CNSC y realizó la solicitud de uso de las listas de elegibles conformadas en la Convocatoria 436 de 2017 cumpliendo con la Circular 001 de 2020, corresponde a dicha Entidad emitir las autorizaciones respectivas para proveer los "mismos empleos" que cumplan con las características previstas en el Criterio Unificado y que aún se encuentren vigentes. Se adjunta base de datos con la información de las nuevas vacantes y su procedencia de uso de listas conforme a los lineamientos de la CNSC,*

*precisando que en aquellas vacantes donde no existen listas de elegibles para su provisión, fueron reportadas para la nueva Convocatoria que adelanta actualmente la CNSC.*

*Así las cosas, y haciendo referencia a su petición, se informa que del reporte realizado hasta el momento a la CNSC de las vacantes definitivas generadas con posterioridad a la realización de la Convocatoria 436 de 2017 y de las vacantes cuyos concursos fueron declarados desiertos, no existe una vacante (desprovista, en provisionalidad o en encargo) que corresponda al empleo OPEC No. 60375, el cual se denomina Profesional Grado 08, ubicado en Bogotá D. C., con el propósito, funciones y requisitos del Proceso GESTIÓN DE EMPRENDIMIENTO Y EMPRESARISMO. En caso que con posterioridad se presente alguna vacante en la cual Usted cumpla con los requisitos para ser nombrada y se cuente con autorización de la CNSC, será oportunamente informada, motivo por el cual, no resulta procedente efectuar su vinculación en la planta de personal.*

*De otro lado y con relación a los puntos de su comunicación en los cuales solicita información respecto de cargos con equivalente propósito, requisitos y funciones al empleo al cual concursó, se precisa que ello correspondería determinarlo a la Comisión Nacional del Servicio Civil por ser la Entidad responsable de conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles, no sin antes aclarar que - como se dijo en las líneas precedentes -, **el uso de las listas conformadas en el marco de la Convocatoria 436 de 2017 únicamente procede frente a vacantes que correspondan a los "mismos empleos"** reportados y respecto a los cuales ya se brindó una respuesta concreta. Finalmente, se informa que su Comunicación con radicado No. 7-2019044833, Fue atendida y resuelta a través de Comunicación No. 8-2019066749 del 24 de septiembre de 2019, la cual se anexa."*

De otra parte, el Coordinador Grupo de Relaciones Laborales – Secretaría General Dirección General- SENA, frente a los interrogantes planteados por el Juzgado de instancia, a través del auto admisorio de la demanda, certificó lo siguiente:

*"Señale, si existen actualmente vacantes en el SENA en todo el territorial Nacional para el cargo profesional grado 8 Código 60375 o equivalentes y en caso afirmativo indique la fecha desde la cual se encuentran vacantes los cargos y si los mismos han sido ofertados, allegando en todo caso la documentación que soporte la respuesta.*

Rta:/ La planta de profesionales grado 8 está constituida por 184 cargos de los cuales 29 son de carrera administrativa y 155 corresponden a la Planta Temporal. De esos 29 cargos en carrera administrativa 21 ya se encuentran provistos; 4 son vacantes temporales en donde el funcionario en carrera administrativa que ostenta sus derechos se encuentra en alguna situación administrativa que terminará y regresará a su cargo; **4 son cargos vacantes surgidos después de la convocatoria 436 de 2017 y reportados a la Comisión para su provisión con uso de listas de los cuales 2 se encuentran provistos en encargo.** Ahora bien, estos 4 cargos ninguno cuenta con el propósito, funciones y requisitos del Proceso Administrativo: GESTIÓN DE EMPRENDIMIENTO Y EMPRESARISMO que corresponde a la OPEC 60375, a saber:

REGIONAL	Descripción Centro de Costo	Observaciones	Proceso Administrativos
DIRECCIÓN GENERAL	DIRECCION JURIDICA	VACANTE CON ENCARGO	GESTIÓN JURÍDICA
DIRECCIÓN GENERAL	DIRECCION DE FORMACION PROFESIONAL	VACANTE - VACANTE A PARTIR DEL 30 DE ABRIL DE 2020	GESTION DE LA FORMACION PROFESIONAL INTEGRAL
CUNDINAMARCA	DESPACHO DIRECCION	VACANTE - VACANTE A PARTIR DEL 28 DE FEBRERO DE 2020	GESTIÓN CONTRACTUAL
HUILA	CENTRO DE GESTION Y DESARROLLO SOSTENIBLE SURCOLOMBIANO	VACANTE - VACANTE A PARTIR DEL 31 DE MARZO DE 2019 – CON ENCARGO	DIRECCIONAMIENTO ESTRATÉGICO

(...)

Señale, si han sido creados cargos en la Entidad cargos de profesional grado 8, Código 60375 o equivalentes, con posterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019, en caso afirmativo señale cuantos, allegando la documentación que lo soporte.

RTA:/ La última ampliación de planta permanente de personal del SENA correspondió a los 3000 cargos dispuestos en el Decreto 552 de 2017. Estos cargos empezaron a regir en las vigencias fiscales 2017, 2018 y 2019 a razón de 700 instructores y 300 profesionales anualmente, tal y como se indicó en el artículo 2 ibídem. Todos los cargos creados fueron reportados a la Comisión Nacional del Servicio Civil, Entidad que adelantó su proceso de selección a través de la Convocatoria 436 de 2017.” (Resaltado fuera del texto). (fls. 681 a 682).



				formal y afines, o Ingeniería agroindustriales, alimentos y afines, o Ingeniería agronómica, pecuaria y afines, o Ingeniería ambiental o sanitaria y afines, o Ingeniería biomédica y afines, Ingeniería civil y afines, o Ingeniería de minas, metalurgia y afines, o Ingeniería de sistemas, telemática y afines, o Ingeniería eléctrica y afines, o Ingeniería electrónica, telecomunicaciones y afines, o Ingeniería industrial y afines, o Ingeniería mecánica y afines, o Ingeniería química y afines, o Matemáticas, estadística y afines, o Medicina veterinaria, o Otras Ingenierías, o Psicología, o Química y afines, o Sociología, pedagogía social y afines, o Zootecnia. Título de postgrado en la modalidad de especialización en áreas relacionadas con las funciones del empleo. Tarjeta profesional en los casos requeridos por la ley.	Investigador (21) mérito de Experiencia profesional relacionada.	Aplicar conocimientos profesionales en la formulación de la planeación estratégica y operativa del Centro y realizar su implementación, seguimiento y control, mediante la aplicación de metodologías e instrumentos de planeación y evaluación, para asegurar el cumplimiento de las metas de la gestión institucional.	Provisión en Encargo.	Paula Centro de Gestión y ODS sustentables	para este fin. 1. Los demás que le sean asignados por autoridad competente, de acuerdo con el área de desempeño. Producción Curricular: 1. Consolidar y desarrollar el plan anual de diseño curricular para creación, actualización y actualización de programas de formación en todas las modalidades, metodologías y medios, de conformidad con las metas y objetivos instruccionales a cargo de la Dirección. 2. Afianzar los elementos básicos del modelo pedagógico de la formación a cargo de la Dirección de Formación Profesional, conforme a las lineamientos y políticas adoptadas por la entidad en esta materia.
1	PLANTA	SIMO	SIMO	Título profesional en alguna academia del nivel técnico de conformidad con: España: o Administración o Ingeniería Industrial y Afines, o Ingeniería Administrativa y Afines o Contaduría Pública o Ingeniería Civil y Afines o Argentina: o Educación o Derecho y Afines, o Bibliotecología, (Otro de Ciencias Sociales y Humanas, o Ciencias Políticas, Relaciones Internacionales, o Ingeniería de Sistemas, Telemática y afines, o Matemáticas.					10. Supervisar la realización de actividades SIMO, para mantener vigente la eficacia de los sistemas que lo conforman de acuerdo con los procedimientos establecidos para el fin. 11. Programar los diferentes actividades a realizar en la vigencia en el Centro de Formación de conformidad con el Plan Estratégico de la entidad, sus Políticas y Objetivos. 12. Gestionar ante las instancias correspondientes, los recursos y las habilidades con la cantidad que demanden los programas y proyectos formulados para el óptimo funcionamiento del Centro de Formación de acuerdo con los procedimientos establecidos. 13. Realizar los estudios e investigaciones que demanden el óptimo funcionamiento del centro en sus diferentes áreas de desempeño de acuerdo con la necesidad del servicio y los procedimientos establecidos. 14. Elaborar y participar en la implementación de proyectos y programas para el óptimo funcionamiento del Centro de Formación de acuerdo con el plan estratégico de la entidad, los programas regulatorios, las políticas, estrategias y los procedimientos establecidos de la Dirección General. 15. Asesorar oportunamente las comunicaciones, participaciones, actuaciones administrativas o

				Estadística y afines o Psicología o Sociología, Trabajo Social y Afines o Ingeniería Agrícola, Forestal y Afines o Ingeniería Ambiental, Sanitaria y Afines, o Ingeniería Eléctrica y Afines, o Ingeniería Mecánica y Afines, o Ingeniería Agronómica o Ingeniería de Minas, Metalurgia y Afines. Título de postgrado en la modalidad de especialización en áreas relacionadas con las funciones del empleo. Tarjeta profesional en los casos requeridos por la ley.					informes relacionados con las funciones asignadas al Centro en el marco del proceso. 6. Efectuar el levantamiento de la información estadística del Centro con el propósito de establecer y mantener una base de datos confiable para la toma de decisiones de la Subdirección y demás requerimientos de las direcciones general y regional. 7. Articular y estudiar la información estratégica por fuentes (internas y externas) para generar respuesta institucional a la demanda y cambios de los entornos social, económico y tecnológico del Centro. 8. Realizar el seguimiento a los programas, proyectos y metas del Centro, y coordinar la evaluación de los mismos en términos de impacto, con cuyos resultados se pueda tomar óptimas decisiones. 9. Preparar la información sobre: mapas tecnológicos, tendencias y cambios, avances científico tecnológicos y nuevos procesos en innovación tecnológica, en el corto, mediano y largo plazo para actualización de los programas de formación, perfiles ocupacionales, ambientes de aprendizaje y los servicios tecnológicos que ofrecerá el Centro. 11. Los demás que le sean asignados por autoridad competente, de acuerdo con el área de desempeño.
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Por auto de 1º de octubre del año en curso (fl. 755), el juzgado de instancia requirió al SENA, para que efectuara algunas precisiones sobre el cargo profesional grado 8, Código 60375 ofertado mediante convocatoria N°436 de 2017, entidad que certificó lo siguiente:

*“Al respecto aclaramos, que como se informó a su despacho se remitió el soporte de reporte del cargo al SIMO, vale la pena aclarar que el reporte se hace con la información a la fecha del mismo, esto es en el año 2017. En la actualidad el cargo aparece en plata (sic) así:*

CO D	REGION AL	Descripción Centro de Costo	ID PLANT A	OPEC PLANTA NUEVA CONVOCATORIA 436 DE 2017	Descripción Cargo	Identificación	Nombres	Apellidos	Nombre Estado Cargo
1	DIRECCIÓN GENERAL	DIRECCION DE EMPLEO Y TRABAJO	8215	60375	Profesional G08	52882166	NIYIRE TH	SANCHEZ HASTAMORIR	PROVIS TO - ACTIVO

(...)” (fls.761-762).

Por su parte, conforme a la información reportada en el SIMO, para el cargo de profesional grado 8 OPEC 60375, al que concursó la accionante en el marco de la convocatoria N°436 de 2017, cuenta con la siguiente información:

MUNICIPIO	SALARIO	REQ_ ESTUDIO	REQUISITOS DE EXPERIENCIA	PROPOSITO	REQUI. DE ESTUDIO	FUNCIONES
BOGOTÁ, D.C.	5083643	Título Profesional en los NBC: Administración Economía. Título de postgrado en la modalidad de especialización en disciplina relacionada con las funciones del empleo Tarjeta profesional cuando lo exija la ley	Veintisiete (27) meses de experiencia profesional relacionada	Desarrollar, supervisar, investigar y coordinar actividades de los planes, programas y proyectos institucionales relacionados con la proyección, formulación, acompañamiento para la creación y fortalecimiento de iniciativas productivas y/o empresas y el desarrollo de modelos de negocio, el fortalecimiento de las que están en etapa de crecimiento a través de actividades de formación por proyectos que contribuyan al crecimiento del tejido social y económico del país	"El Título de Postgrado en la modalidad de doctorado o postdoctorado, por: Cuatro (4) años de experiencia profesional y viceversa, siempre que se acredite el título profesional o Título profesional adicional al exigido en el requisito del respectivo empleo, siempre y cuando dicha formación adicional sea relacionada con las funciones del cargo, y dos (2) años de experiencia profesional."	Definir lineamientos, estrategias, planes, programas, proyectos y metas, que permitan el cumplimiento de los objetivos y mejoras del proceso a nivel nacional., Elaborar e implementar los lineamientos para la consolidación del plan de acción, así como las herramientas necesarias para el desarrollo del proceso de gestión de Emprendimiento y Empresarismo, con el fin de contribuir al cumplimiento de los objetivos institucionales., Formular y Planear los proyectos de inversión y actividades requeridas, para gestionar los recursos de acuerdo con los requerimientos establecidos por la Dirección de Planeación y Direccionamiento Corporativo y el Departamento Nacional de Planeación., Analizar y concertar los planes de acción de emprendimiento, propuestos por las regionales y centros de formación de acuerdo con los lineamientos para asignación de metas y presupuesto requerido., Analizar la gestión de las regionales y centros de formación, para establecer planes de mejoramiento que aseguren el cumplimiento de objetivos., Gestionar la suscripción de convenios para promover los programas, proyectos y servicios referentes al proceso de Gestión de Emprendimiento y Empresarismo de acuerdo con las necesidades del mismo en términos de eficacia, eficiencia y calidad del servicio con el fin de optimizar y ampliar la cobertura de los programas., Emitir conceptos técnicos y propuestas de la gestión del proceso de Emprendimiento, Empresarismo de

						<p>acuerdo con los lineamientos y normatividad aplicable., Definir el esquema de seguimiento a las actividades establecidas y ejecutadas en el proceso con el fin asegurar el cumplimiento a las metas, programas, proyectos, convenios, contratos, acuerdos y demás compromisos asociados al mismo., Establecer y realizar el seguimiento a las responsabilidades consignadas en el acta de la Comisión Técnica Nacional Fondo Emprender y Consejo Directivo Nacional SENA de acuerdo con los tiempos y lineamientos establecidos, asegurando el cumplimiento en la ejecución de los contratos de cooperación con los emprendedores. Gestionar los mecanismos de seguimiento y control necesarios, para que los derechos de petición, quejas, reclamos, sugerencias y comunicaciones o actuaciones administrativas que lleguen al área, sean tramitados y respondidos dentro de los términos de ley estableciendo las acciones de mejora necesarias.Liderar la realización de actividades del SIGA, para mantener vigente la eficacia de los sistemas que lo componen de acuerdo con los procedimientos establecidos para este fin.,Las demás que le sean asignadas por autoridad competente, de acuerdo con el área de desempeño.</p>
--	--	--	--	--	--	---

Bajo dicho contexto, considera la Sala que es dable aplicar retrospectivamente la Ley 1960 de 2019 al caso de la accionante, puesto que su situación no se encuentra consolidada dentro de la Convocatoria 436 de 2017, ya que esto solo se predica para la persona que ocupó el primer lugar en la lista, quien ya fue nombrada (NIYIRETH SÁNCHEZ HASTAMORIR. PUNTAJE (75.62). (fl.646) y (fls. 761 y 762).

La Comisión Nacional de Servicio Civil mediante CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES" Fecha de sesión: 22 de septiembre de 2020, estableció cinco pasos para establecer si un empleo es equivalente a otro, así:

"(.....)

*¿Cómo determinar si un empleo es equivalente a otro para efectos del uso de listas de elegibles en la misma entidad?*

### III. RESPUESTA

*En cumplimiento del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, las listas de elegibles producto de un proceso de selección se usarán para proveer vacantes definitivas de los "mismos empleos" o "empleos equivalentes", en los casos previstos en la Ley<sup>14</sup>*

Para efecto del uso de listas se define a continuación los conceptos de "mismo empleo" y "empleo equivalente":

- MISMO EMPLEO. Se entenderá por "mismos empleos", los empleos con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes<sup>15</sup>; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.
- EMPLEO EQUIVALENTE. Se entenderá por empleos equivalentes aquellos que pertenezcan al mismo nivel jerárquico, tengan grado salarial igual, posean el mismo requisito de experiencia, sean iguales o similares en cuanto al propósito principal o funciones, requisitos de estudios y competencias comportamentales y mismo grupo de referencia<sup>3</sup> de los empleos de las listas de elegibles.

*Para analizar si un empleo es equivalente a otro, se deberá:*

*PRIMERO: Revisar las listas de elegibles vigentes en la entidad para determinar si existen empleos del mismo nivel jerárquico y grado del empleo a proveer.*

*NOTA: Para el análisis de empleo de nivel asistencial se podrán tener en cuenta empleos de diferente denominación que correspondan a la nomenclatura general de empleos, con el mismo grado del empleo a proveer. Por ejemplo, el empleo con denominación Secretario Código 4178 Grado 14 y el empleo con denominación Auxiliar Administrativo Código 4044 Grado 14.*

*SEGUNDO: Identificar qué empleos de las listas de elegibles poseen los mismos o similares requisitos de estudios del empleo a proveer.*

---

<sup>14</sup> Vacantes generadas por modificación de planta, o por las causales del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

<sup>15</sup> Mismo Grupo de Aspirantes: Grupo de aspirantes a quienes se les evalúa las mismas competencias (mismo cuadernillo); y a quienes se les califica con los mismos parámetros estadísticos y el mismo ponderado (mismo sistema de calificación).

*Para el análisis, según corresponda, se deberá verificar:*

*a. Que la formación exigida de educación primaria, secundaria o media (en cualquier modalidad) en la ficha del empleo de la lista de elegibles corresponda a la contemplada en la ficha del empleo a proveer.*

*b. Que para los cursos exigidos en la ficha del empleo de la lista de elegibles la temática o el área de desempeño sea igual o similar a la contemplada en la ficha del empleo a proveer y la intensidad horaria sea igual o superior.*

*c. Que la disciplina o disciplinas exigidas en la ficha del empleo de la lista de elegibles estén contempladas en la ficha del empleo a proveer.*

*d. Que el NBC o los NBC de la ficha del empleo de la lista de elegibles este contemplado en la ficha del empleo a proveer.*

*e. Que la disciplina o disciplinas de la ficha del empleo de la lista de elegibles pertenezca al NBC o los NBC de la ficha del empleo a proveer.*

*NOTA: Cuando el requisito de estudios incluya título de pregrado o aprobación de años de educación superior, según corresponda, se deberá seleccionar las listas de elegibles con empleos cuyos requisitos de estudios contienen al menos una disciplina o núcleo básico del conocimiento de los requisitos de estudio del empleo a proveer.*

*TERCERO: Verificar si los empleos de las listas de elegibles anteriormente seleccionados poseen los mismos requisitos de experiencia del empleo a proveer, en términos de tipo y tiempo de experiencia.*

*En caso de que los requisitos del empleo incluyan equivalencias entre estudios y experiencia, el estudio se podrá efectuar sobre la equivalencia aplicada establecida en el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales.*

*CUARTO: Con los empleos seleccionados anteriormente, se deberá identificar los elementos que determinan la razón de ser de cada uno de los empleos, el propósito principal y las funciones esenciales, esto es las que se relacionan directamente con el propósito.*

*Una vez seleccionados los elementos anteriormente descritos, se deberá revisar que la acción de al menos una (1) de las funciones o del propósito principal del empleo de la lista de elegibles contemple la misma acción de alguna de las funciones o del propósito del empleo a proveer.*

*Entendiéndose por "acción" la que comprende el verbo y el aspecto o aspectos sobre el que recae este, sin que esto implique exigir experiencia específica, la cual se encuentra proscrita en el ordenamiento jurídico colombiano. Por ejemplo, las funciones "proyectar actos administrativos en temas de demandas laborales" y "proyectar actos administrativos en carrera administrativa" contemplan la misma "acción" que es proyectar actos administrativos y por lo tanto, los dos empleos poseen funciones similares.*

*QUINTO: Verificar qué empleos a analizar poseen iguales o similares requisitos en cuanto a competencias comportamentales para lo cual se deberá verificar que al menos una (1) competencia comportamental común del empleo de la lista de elegibles coincida con alguna de las competencias comunes del empleo a proveer y que al menos una (1) competencia comportamental por nivel jerárquico del empleo de la lista de elegibles coincida con alguna de las competencias por nivel jerárquico del empleo a proveer.*

*Los empleos que hayan sido identificados como equivalentes en la planeación de los Procesos de Selección, se tratarán como un mismo grupo de referencia o grupo normativo.”*

Así pues, un análisis en conjunto de las disposiciones previamente citadas, permiten inferir la posibilidad de utilizar una determinada lista de elegibles para proveer empleos de similar clasificación al que se concursó y que fueron creados con posterioridad a la convocatoria. Ahora bien, la materialización de dicha prerrogativa no opera *per se*, pues para ello será necesario comprobar si una determinada lista de elegibles es idónea para proveer un nuevo cargo creado en la planta de personal.

Siendo ello así, corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil establecer si los empleos con listas de elegibles vigentes encuentran equivalencia con aquellos que fueron creados con posterioridad a la convocatoria; entendiéndose para todos los efectos, en los términos del artículo 89 Decreto 1227 de 2005, modificado por el art. 1 del Decreto 1746 de 2006, que dos cargos son semejantes cuando tienen asignadas funciones iguales o similares para su desempeño, se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares.

Lo anterior sin perder de vista que los empleos cuya similitud se estudia deben tener una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.

Ahora bien, en el asunto que ocupa la atención del Tribunal, se encuentra probado que:

- La accionante ocupó el tercer lugar en la lista de elegibles establecida por la CNSC mediante Resolución No. CNSC – 20182120139695 del 17 de octubre de 2018, respecto del cargo de profesional grado 8, con código OPEC 60375, por lo que el SENA nombró a quien ocupó el primer lugar; no obstante, por las reglas de recomposición automática de las listas de elegibles preestablecidas en la convocatoria (Art. 57<sup>16</sup> del Acuerdo N° CNSC - 20171000000116 del 24 de julio de 2017), le permite continuar en la lista de elegibles (ahora ocupando el 1º lugar) hasta su vencimiento, tal como lo afirma la accionante y no lo controvierten las accionadas.

- Según lo informado por el Director el Coordinador Grupo de Relaciones laborales – Secretaría General Dirección General- SENA, actualmente existen 4 cargos vacantes surgidos después de la convocatoria 436 de 2017 y reportados a la Comisión para su provisión con uso de listas. Estos son:

---

<sup>16</sup> **ARTÍCULO 57. RECOMPOSICIÓN DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES.** Las Listas de Elegibles se recompondrán de manera automática, una vez los elegibles tomen posesión del empleo en estricto orden de mérito, o cuando estos no acepten el nombramiento o no se posesionen dentro de los términos legales, o sean excluidos de la lista con fundamento en lo señalado en los artículos 53° y 54° del presente Acuerdo.

REGIONAL	Descripción Centro de Costo	Observaciones	Proceso Administrativos
DIRECCIÓN GENERAL	DIRECCION JURIDICA	VACANTE CON ENCARGO	GESTIÓN JURÍDICA
DIRECCIÓN GENERAL	DIRECCION DE FORMACION PROFESIONAL	VACANTE - VACANTE A PARTIR DEL 30 DE ABRIL DE 2020	GESTION DE LA FORMACION PROFESIONAL INTEGRAL
CUNDINAMARCA	DESPACHO DIRECCION	VACANTE - VACANTE A PARTIR DEL 28 DE FEBRERO DE 2020	GESTIÓN CONTRACTUAL
HUILA	CENTRO DE GESTION Y DESARROLLO SOSTENIBLE SURCOLOMBIANO	VACANTE - VACANTE A PARTIR DEL 31 DE MARZO DE 2019 – CON ENCARGO	DIRECCIONAMIENTO ESTRATÉGICO

Lo antedicho significa que las demandadas están vulnerando el derecho al debido proceso y el acceso a cargos públicos de la accionante, dado que en la Resolución 20182120138255 del 17 de octubre de 2018 ocupó la posición N° 3, pero por la recomposición automática de las listas de elegibles contemplada en el Artículo 57 del Acuerdo N° CNSC – 20171000000116 del 24 de julio de 2017, ocupa actualmente la posición 1 - según lo informado en el escrito de tutela y no cuestionado -; adicionalmente, conforme a lo informado existen cuatro (4) vacantes definitivas en el empleo de Profesional Grado 8 que no fueron ofertadas en la Convocatoria 436 de 2017; en consecuencia, contrario a lo señalado por el Coordinación del grupo de Relaciones Laborales – Secretaría General Dirección General del SENA, mediante oficio de 21 de septiembre del año en curso, en el que da respuesta a los derechos de petición elevados por la actora, es procedente aplicar lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, al tratarse de vacantes definitivas no convocadas que surgieron luego de dicha convocatoria, debiéndose verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos para el empleo – artículo 11 de la Ley 909 de 2004.

El Consejo de Estado, al resolver un asunto de similares contornos fácticos al que es objeto de estudio, a fin de proteger el derecho conculcado, ordenó:

**"SEGUNDO.- ORDÉNASE** a la Agencia Nacional de Minería para que en el término de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la presente providencia, realice el estudio pertinente a efectos de determinar si el accionante cumple las exigencias requeridas para los empleos de Gestor, Código T1, Grado 11, identificados con los Nos. OPEC 206904 y 206929. Finalizado el término señalado la Agencia Nacional de Minería deberá remitir a la Comisión Nacional del Servicio Civil el acto administrativo donde se plasme el anterior análisis.

*De constatarse que el accionante reúne los requisitos que exige el cargo, se ordena a la Comisión Nacional del Servicio Civil remitir a la Agencia Nacional de Minería la autorización de nombramiento en periodo de prueba del accionante. (Término dos días hábiles).*

*Una vez recibida la autorización, la Agencia Nacional de Minería deberá realizar el nombramiento y posesión del accionante en uno de los cargos mencionados. (Término ocho días hábiles).*

*Efectuado lo anterior, la Agencia Nacional de Minería deberá acreditar el pago correspondiente por el uso de las listas de elegibles, señalado en el Oficio No. 20171020088861 de 6 de marzo de 2017, suscrito por la Comisión Nacional del Servicio Civil. (Término: dos meses, contados a partir de la posesión del accionante en uno de los cargos mencionados)".*

Por las razones expuestas, se revocará el numeral 2º de la sentencia de primera instancia que negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante, y en su lugar se ampararán los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a cargos públicos de la accionante, y en consecuencia se ordenará al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, establecer si el empleo denominado **Profesional, Grado 8**, del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, ofertado a través de la Convocatoria No. 436 de 2017 SENA – **OPEC 60375**, es **EQUIVALENTE** a los 4 cargos de profesional 8 que se encuentran vacantes, y que se relacionaron en el cuadro precedente, surgidos después de la convocatoria 436 de 2017, según lo reportado por el Director el Coordinador Grupo de Relaciones laborales – Secretaría General Dirección General- SENA.

El estudio de equivalencia deberá llevarse a cabo atendiendo los cinco (5) pasos establecidos por la Comisión Nacional de Servicio Civil mediante el referido CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES" con fecha de sesión de 22 de septiembre de 2020, así como las definiciones de "mismo empleo" y "empleo equivalente" allí establecidos.

Determinándose si la señora LEIDY ALEXANDRA INFANTE CAMARGO, cumple con las exigencias necesarias para el desempeño de los mentados empleos. Dicho estudio deberá ser puesto en conocimiento de la CNSC.

Hecho lo anterior, y de hallarse que la tutelante es apta para el ejercicio de uno de los 4 cargos de profesional 8 que se encuentran vacantes- surgidos después de la convocatoria 436 de 2017, la CNSC autorizará el uso de la lista de elegibles, contenida en la Resolución No. CNSC – 20182120139695 del 17 de octubre de 2018, respetando el orden de mérito que le corresponda a la actora.

Surtido el trámite anterior, el SENA procederá a realizar el nombramiento de la demandante en periodo de prueba en el término de 8 días.

En lo que respecta a la solicitud de INAPLICAR por inconstitucional el criterio unificado de uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019, emanado de la CNSC el 16 de enero de 2020, debe considerarse que el propósito de la ley 1960 de 2019 Por la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones (en cuyo contexto se profirió el referido criterio unificado), fue disponer la utilización de las listas de elegibles existentes para proveer vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad, o sea, reglamentar que las plazas que no estaban disponibles para el inicio de la convocatoria puedan ser provistas por el sistema de mérito; la definición de la CNSC al omitir sin fundamento alguno la equivalencia de los cargos, estableciendo tan solo la posibilidad de ser nombrados en el "mismo cargo", establece injustificadamente una restricción, arbitraria y contraria a la vocación expansiva ínsita en el sistema de carrera administrativa y en lo establecido expresamente en el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, que dispone expresamente que de la lista de elegibles **y "en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no**

***convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad***". (Resalado de la Sala).

En consecuencia, la solicitud de la accionante de que se inaplique para el caso concreto el criterio unificado del 16 de enero de 2020, resulta procedente, tal como lo dejó establecido la Juez de instancia, por lo que se confirmará la sentencia en tal sentido.

Por último, en lo que tiene que ver con la situación expuesta por los coadyuvantes, quienes según argumentan participaron en igualdad de condiciones que la accionante y se encuentran en la misma lista de elegibles contenida en la Resolución No. CNSC – 20182120139695 del 17 de octubre de 2018, dirá la Sala que en palabras de la Corte Constitucional<sup>[1]</sup>, la *Coadyuvancia surge en los procesos de tutela, como la participación de un tercero con interés en el resultado del proceso que manifiesta compartir las reclamaciones y argumentos expuestos por el demandante de la tutela, sin que ello suponga que éste pueda realizar planteamientos distintos o reclamaciones propias que difieran de las hechas por el demandante, pues de suceder esto se estaría realmente ante una nueva tutela, lo que desvirtuaría entonces la naturaleza jurídica de la coadyuvancia.*

#### **IV. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO. CONFIRMAR** el numeral PRIMERO de la parte resolutive de la sentencia proferida el 06 de octubre de 2020 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, en el que se dispuso

"INAPLICAR por inconstitucional para el caso de la accionante el "criterio unificado de uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019, proferido por la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el 16 de enero de 2020", por las razones antes expuestas.

**SEGUNDO: REVOCAR** el numeral SEGUNDO de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en la que se negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante. En su lugar,

**TERCERO: AMPARAR** los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a cargos públicos de la señora LEIDY ALEXANDRA INFANTE CAMARGO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO: ORDENAR** a las entidades accionadas lo siguiente:

- Al **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA:**

**Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión,** deberá establecer si el empleo denominado **Profesional, Grado 8, con código,** del Sistema General de Carrera del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, ofertado a través de la Convocatoria No. 436 de 2017 SENA – **OPEC 60375,** es **EQUIVALENTE** a los 4 cargos de profesional 8 que se encuentran vacantes, y que se relacionaron en el cuadro precedente, surgidos después de la convocatoria 436 de 2017, según lo reportado por el Director y el Coordinador Grupo de Relaciones laborales – Secretaría General Dirección General- SENA.

El estudio de equivalencia deberá llevarse a cabo atendiendo los cinco (5) pasos establecidos por la Comisión Nacional de Servicio Civil mediante el referido CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES" con fecha de sesión de 22 de septiembre de 2020, así como las definiciones de "mismo empleo" y "empleo equivalente" allí establecidos,

debiendo determinarse si la señora LEIDY ALEXANDRA INFANTE CAMARGO, cumple con las exigencias necesarias para el desempeño de los mentados empleos. Dicho estudio deberá ser puesto en conocimiento de la CNSC.

- **Al *SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA:***

Hecho lo anterior, y de hallarse que la tutelante es apta para el ejercicio de uno de los 4 cargos de profesional 8 que se encuentran vacantes- surgidos después de la convocatoria 436 de 2017, la CNSC autorizará el uso de la lista de elegibles, contenida en la Resolución No. CNSC – 20182120139695 del 17 de octubre de 2018, respetando el orden de mérito que le corresponda al actor.

- *Recibida la autorización, el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA**, dentro de los ocho (8) días siguientes, procederá a dar nombramiento y posesión a la demandante en periodo prueba, respetando el orden de mérito que le corresponda a la actora.*

**CUARTO: Comuníquese** a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**QUINTO.-** Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **remítase** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al Juzgado de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, en sesión de la fecha.

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



**FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS**

**Ausente con permiso**

**FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**



**LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA**