

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ARAUCA

Arauca, Arauca, julio veintidós (22) de dos mil veinte (2020).

Asunto: **Acción de tutela**  
Radicado No.: **81001-31-87-001-2020-00209-00**  
Accionante: **DIANA MILENA SANTAMARÍA APACHE**  
Accionados: **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC e INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF**

ANTECEDENTES

1.1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Despacho a resolver la presente acción de tutela, interpuesta, el 7 de julio de 2020, por la señora DIANA MILENA SANTAMARÍA APACHE, a través de apoderado judicial, en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Asu

1.2. HECHOS

Ac

En el escrito de la acción de tutela señaló el actor que:

1. El 05 de septiembre de 2016 el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF y la Comisión Nacional del Servicio Civil suscribieron el Acuerdo N° 20161000001376 con el objeto de adelantar la convocatoria pública de concurso de méritos para proveer 2470 empleos vacantes, que pertenecen al Sistema General de Carrera Administrativa - Convocatoria N° 433 de 2016.
2. La convocatoria N° 433 de 2016 - Acuerdo N° 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016 tiene como fundamento legal entre otros, el artículo 31 de la Ley 909 de 2004. Ello se puede corroborar de la lectura de su encabezado y artículo 6° de dicha resolución que establecen:  
(...)
3. Estando dentro de los términos establecidos en la convocatoria N° 433 de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, previo cumplimiento de los requisitos prescritos, mi mandante se inscribió como aspirante a ocupar con derechos de carrera administrativa el cargo de Profesional Universitario Especializado Código 2028 grado 17, identificado con número de Oferta Pública de Empleo de Carrera - OPEC - N° 38749 perteneciente a la Regional Arauca del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
4. La Comisión Nacional del Servicio Civil en su plataforma Web SIMO, describe a la OPEC en la que se inscribió mi representada, de la siguiente manera:

Número OPEC: 38749

Nivel: Profesional Denominación: PROFESIONAL ESPECIALIZADO Grado: 17 Código: 2028  
Asignación salarial: \$ 4.019.424

(...)

8. La Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Resolución N° CNSC-20182230050655 del 21 de mayo de 2018 conformó la lista de elegibles para proveer una (01) vacante del empleo identificado con el código OPEC N° 38749 denominado Profesional Especializado identificado con el código 2028 grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria N° 433 de 2016 para la Regional Arauca del ICBF.
9. En la lista de elegibles referenciada en el hecho anterior, mi mandante ocupó en estricto orden del mérito el puesto N° 2 con puntaje definitivo de 68,55 puntos.  
(...)
13. El punto N° 4 de la parte resolutive de la Resolución N° CNSC - 20182230050655 del 21 de mayo de 2018 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, por la cual se conformó la lista de elegibles correspondiente a la OPEC N° 38749 estableció:  
"Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados."
14. El artículo 64 del Acuerdo N° CNSC - 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016, por medio de cual la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a Concurso Abierto de Méritos para proveer definitivamente todos los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de la Convocatoria N° 433 de 2016, establece: "VIGENCIA DE LISTA DE ELEGIBLES. Las listas de elegibles tendrán una vigencia de dos (2) años a partir de su firmeza."  
(...)
16. La lista de elegibles Resolución N° CNSC- 20182230050655 del 21 de mayo de 2018 de la CNSC, en la cual mi mandante figura en el puesto número 2° de elegibilidad, y en virtud de la recomposición automática estaría ocupando ahora el primer lugar, fue publicada en el Banco Nacional de Lista de Elegibles de la Comisión Nacional del Servicio Civil 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 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"...
  - Resolución N° 5265 del 13 de abril del 2020 "Por la cual se prorroga la Resolución 4970 del 24 de marzo de 2020", ...
  - 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" ...
17. Tiendo (sic) en cuenta que la lista de elegibles Resolución N°CNSC-20182230050655 tenía en principio fecha de vencimiento 06 de junio de 2018 pero debido a la suspensión de términos establecidas en las resoluciones reseñadas en el hecho anterior (31 días hábiles de suspensión de términos) , se tiene que está operaría el 27 de julio de 2020.
  18. El párrafo del artículo 62 del Acuerdo N° CNSC - 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil arriba transcrito, estableció: "**Parágrafo:** Las listas de elegibles solo se utilizarán para proveer los empleos en la OPEC de ésta convocatoria, con fundamento en lo señalado en el Decreto 1894 de 2012, mientras éste se encuentre vigente."  
(...)
  20. El párrafo del artículo 62 del Acuerdo N° CNSC - 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, artículo transcrito en el hecho N°15 tiene como fundamento una norma que se encontraba derogada al momento de la expedición de dicho a Acuerdo, a saber, el Decreto N° 1894 de 2012, ello se infiere con absoluta certeza de lo regulado en el libro 3° del Decreto N°1083 de 2015 (...).  
(...)
  22. La Comisión Nacional del Servicio Civil en la data de 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."
  23. (...)
  25. La Comisión Nacional de Servicio Civil con la expedición de la Resolución N° CNSC – 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 desconoció que las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria N°433 de 2016 - I.C.B.F. constituyen en lo pertinente actos administrativos cuya naturaleza jurídica es de ser actos administrativos de carácter particular y concreto, por lo tanto, no podía revocar de manera unilateral el artículo cuarto (4°) de dichas resoluciones, so pena de vulnerar el derecho fundamental al debido proceso y con ello causarle un grave e injustificado perjuicio a los elegibles, dado que para ello se requería manifestación expresa y escrita del consentimiento de éstos, o que la entidad hubiese demandado ante la justicia contenciosa administrativa su propio acto tal como lo dispone artículo 97 de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) el cual prescribe:  
(...)
  26. La Comisión Nacional de Servicio Civil con la expedición de la Resolución N° CNSC – 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 "Por el cual se revoca el artículo cuarto (4°) de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria N°433 de 2016 - I.C.B.F." desconoció que de conformidad con el artículo 12 de la Ley 909 de 2004 no podía dejar sin efectos total o parcialmente procesos de selección siempre y cuando se haya producido actos administrativos de carácter particular y concreto, lo que hace mucho más evidente la violación al derecho al debido proceso...
  27. La Comisión Nacional del Servicio Civil mediante la Resolución N° CNSC-201822301620055 del 04 de diciembre de 2018 declaró desierto el concurso para algunas vacantes ofertadas en el marco de la Convocatoria N° 433 de 2016 –ICBF, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.6.19 del Decreto 1083 de 2015. Ello debido a que una vez finalizada la publicación de las listas de elegibles se determinó que alguno de los empleos vacantes ofertados en la Convocatoria N° 433 de 2016 – ICBF, no contaron con aspirantes inscritos o no cumplieron con los requisitos mínimos, o no superaron las pruebas escritas de competencias básicas y funcionales, configurándose las condiciones previstas en el artículo 2.2.6.19 del Decreto 1083 de 2015. En virtud de lo anterior se declararon desiertas ciento treinta y cinco (135) vacantes de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ofertadas en la Convocatoria N°433 de 2016 que corresponde a ciento treinta (130) empleos.
  28. **Para el caso del empleo denominado Profesional Especializado Código 2028 grado 17, se declararon desiertas un total de veintiocho (28) vacantes, tal como se avista del artículo 1° de la Resolución N° CNSC-201822301620055 del 04 de diciembre de 2018, pertenecientes a las OPEC que a continuación se relacionan:**  
(...)  
**La vacante declarada desierta con el código OPEC 38752 para el cargo de Profesional Especializado Código 2028 grado 17 resaltada en color verde, tiene el perfil profesional de nutrición y dietética y se ubica en el Centro Zonal de Tame Arauca, la cual debe ser asignada para mi poderdante.**  
(...)
  31. Para la provisión de cargos de carrera ofertados mediante concurso de méritos, cuando existes varias vacantes, es necesario realizar una audiencia pública para la escogencia del empleo, en la cual los elegibles podrán escoger el cargo en el lugar que sea de su preferencia, siempre observando la prelación en estricto orden de mérito. En efecto, el artículo 14 del Acuerdo N° 562 de 2016 de la CNSC estableció:  
(...)
  32. **Provistas las vacantes ofertadas en concurso de méritos por quienes ocuparon las posiciones de elegibilidad directa, es responsabilidad y competencia de la Comisión Nacional del Servicio**

Civil la conformación de una lista de elegibles general y una para la entidad, con el objeto de proveer vacantes definitivas y/o declaradas desiertas, listas que se deberán utilizar siempre y cuando no se encuentre vencido el término de su vigencia, todo lo cual se publicitará a través del Banco Nacional de Listas de Elegible de conformidad con el artículo 18 y siguientes del Acuerdo N° 652 de 2016 en el que se dispuso:

(...)

33. El 27 de junio de 2019 el Congreso de la República expidió la Ley 1960, cuyo artículo 6° modificó artículo 31 numeral 4° la Ley 909 de 2004 quedando en adelante de la siguiente manera: "Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad."
34. El artículo 6° de la Ley 1960 de 2019 que modifica el numeral 4° de la Ley 909 de 2004 tiene efectos retrospectivo, ...
35. El artículo 7° de la Ley 1960 de 2019 dispone: "La presente Ley rige a partir de su publicación, modifica la ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998 y deroga todas las demás disposiciones que le sea contrarias."
36. Con ocasión a la expedición de la Ley 1960 de 2019, la Comisión Nacional del Servicio Civil en la data del 01 de agosto de 2019 emitió un Criterio Unificado "USO LISTA DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 JUNIO DE 2019",...
37. El día 16 de enero de 2020, la Comisión Nacional del Servicio Civil, emitió un nuevo CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" en el cual expresamente se determinó que "Se deja sin efecto el Criterio Unificado de fecha 1 de agosto de 2019 "Lista de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019", junto a su aclaración."
- (...)
38. La Comisión Nacional del Servicio Civil, con el CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" de fecha 16 de enero de 2020 varió sustancialmente su posición inicial respecto del Criterio Unificado de fecha 01 de agosto de 2019 que prescribía la utilización de las listas de elegibles durante su vigencia solo para las vacantes ofertadas en el respectivo acuerdo de convocatoria; contrario sensu, en el Criterio Unificado de enero 16 de 2020 la CNSC dejó sin efectos el primer criterio unificado y en su lugar dispuso que las listas de elegibles conformadas y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, (es decir, aplica para para el proceso de selección 433 de 2016 – ICBF) 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 que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos", estableciendo los criterios a tener cuenta a efectos de identificar si las nuevas vacantes conforman o no el mismo tipo de empleos, para lo cual lo identifica con la OPEC para la cual concursó la aspirante.
39. Lo establecido por la Comisión Nacional del Servicio Civil en el CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" de fecha 16 de enero de 2020, es un afrenta al artículo 6° y 125 de la Constitución Política de 1991 en el entendido que hace una interpretación restrictiva a las prescripciones legales establecidas en la Ley 1960 de 2019, sin tener competencia para ello, usurpando funciones que son propias del legislador, constituyéndose lo anterior en una extralimitación de sus funciones, pues en ningún aparte la Ley 1960 de 2019 estableció que la utilización de la lista de elegibles se condicionaba a las nuevas vacantes que surgieran con posterioridad al 27 de junio de 2019 tuvieran identidad con la OPEC para la cual concursó el elegible, es decir, que las nuevas vacantes correspondan a los "mismos empleos", entendiéndose, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y el mismo grupo de aspirantes, antes por el contrario, la Ley 1960 fue de prodiqa claridad al establecer que "Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma entidad." En razón de lo anterior, el criterio unificado de uso de lista expedido por la CNSC de fecha 16 de enero de 2020 debe ser inaplicado por inconstitucional.
- (...)
42. El día 13 de febrero de 2020, mi mandante solicitó ante la Comisión Nacional del Servicio Civil su nombramiento en periodo de prueba en uso de la lista de elegibles pluricitada, bajo escrito de petición identificado con el radicado N°20206000246052, ante lo cual la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante oficio de fecha de 10 de marzo de 2020 identificado con el radicado 20201020268771, denegó las pretensiones de la peticionaria,...
43. En la data del 17 de marzo de 2020, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar mediante oficio identificado con el número de radicado 202012100000074411 contestó a mi mandante derecho de petición en el que solicitaba su nombramiento en periodo de prueba en aplicación de los preceptos normativos de la Ley 1960 de 2019, denegando las pretensiones de su solicitud, bajo los mismos argumentos que hiciera la Comisión Nacional de Servicio Civil en el hecho anterior.
44. En la Regional Arauca del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar existe una vacante para cargo de Profesional Especializado para el perfil profesional de Nutrición y Dietética ubicada en el Municipio de Tame, la cual debe proveerse de conformidad con las pretensiones de la presente demanda.
- (...)

### 1.3. PRETENSIONES

La accionante solicitó:

1. *Se tutelen los derechos fundamentales a la igualdad, petición, al trabajo, al debido proceso, al acceso a cargos públicos de mi representada de conformidad con lo artículos 13, 23, 25, 29, 40 y 125 de la Constitución Política, así como cualquier otro derecho fundamental que el Honorable Juez Constitucional encuentre vulnerado o amenazado por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.*

En consecuencia:

2. *Se le ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, dar aplicación al artículo 6° y 7° de la Ley 1960 de 2019, **con efectos retrospectivo**; dar aplicación al artículo 63 del Acuerdo N° 2016100001376 del 05 de septiembre de 2016, por medio de cual la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a Concurso Abierto de Méritos Convocatoria 433 de 2016; al Artículo 2.2.6.22 del Decreto 1083 de 2015.*
3. *Inaplicar haciendo uso de la excepción por inconstitucionalidad al 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, por las razones que se expondrán en los argumentos de derecho.*
4. *Se le 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 1016-ICBF que hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004; o aquellos que posterior a la fecha de la convocatoria N°433 de 2016 fueron declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y que al momento de la apertura de dicha convocatoria estaban provistos con personal en carrera administrativa; o aquellos que cargos que habiendo sido creados por el Decreto N° 1479 del 04 de septiembre de 2017 se encuentre ocupados con personal nombrado con carácter provisional o bajo la modalidad de encargo; o aquellos cargos para los cuales el Concurso fue declarado desierto de conformidad la Resolución N° CNSC 20182230162005 del 04 de diciembre de 2018, todo en obediencia estricto al término perentorio que ordene el juez constitucional, y en cumplimiento de lo establecido en la Ley 909 de 2004 artículo 11 literal f) y con observancia de lo establecido en el párrafo de dicha norma;*
5. *Se le orden (sic) al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que, de manera inmediata, en cumplimiento del término perentorio concedido por fallador, proceda a agotar todos los trámites administrativos necesarios y pertinentes para que se provean con carácter definitivo los cargos de la planta global del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ofertados en la convocatoria N°433 de 2016- ICBF que hayan sido declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004; o aquellos que fueron declarados en vacancia definitiva en virtud de alguna de las causales consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 posterior a la fecha de la convocatoria N°433 de 2016 y que al momento de su apertura estaban provistos con personal en carrera administrativa; o aquellos que cargos que habiendo sido creados por el Decreto N° 1479 del 04 de septiembre de 2017 se encuentre ocupados con personal nombrado con carácter provisional o bajo la modalidad de encargo; o aquellos cargos para los cuales el concurso fue declarado desierto de conformidad la Resolución N° CNSC- 20182230162005 del 04 de diciembre de 2018, haciendo uso de la lista de elegible Resolución N° CNSC - 20182230050655 de mayo 21 de 2018 correspondiente a la OPEC N° 38749 para el cargo denominado Profesional Universitario Especializado código 2028 grado 17 y/o de manera subsidiaria en algún otro cargo de carácter equivalente dentro de la planta Global de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, todo en estricta observancia del orden del mérito de conformidad con el puntajes obtenidos durante todo el proceso o curso abierto de méritos.*

### 1.4. ACTUACIÓN PROCESAL

Recibida la presente acción se avocó su conocimiento por auto de julio 7 de los corrientes (FL. 88 cdo), se ordenó vincular al presente trámite a la Sala Plena y al Director de Administración de Carrera Administrativa de la CNSC, a los participantes de la convocatoria No. 433 de 2016, personas que conforman la lista de elegibles del cargo de profesional especializado código 2028, grado 17 y funcionarios que actualmente ocupan los cargos declarados desiertos dentro de la convocatoria No. 433 de 2016, igualmente, se ordenó correr traslado a la parte pasiva y se decretaron unas pruebas.

### 1.5. CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN

#### 1.5.1. INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF (fls. 96 a 100 cdo)

La accionada, actuando por intermedio del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad, aclaró que la accionante reclama su nombramiento en un cargo para el que se dio una oferta pública de empleo que tiene su propia lista de elegibles, dentro de la cual no participó, ni hace parte. De otro lado, respecto a la oferta pública de empleo en la que sí participó no existen

vacantes que le sean equivalentes y respecto de las que sea aplicable la ley 1960 de 2019 en el marco del Criterio Unificado sobre el uso de listas de elegibles a la luz de la Ley 1960 de 2019.

Estimó que en el presente caso la acción de tutela deviene improcedente, por no cumplir los requisitos de trascendencia *iusfundamental* del asunto, así como de subsidiariedad y perjuicio irremediable, puesto que:

(i) ya se publicó la lista de elegibles, la cual adquirió firmeza hace casi dos años, la cual se conformó para proveer (1) vacante, y en dicha lista DIANA MILENA SANTAMARIA APACHE ocupó la posición número 2;

(ii) la actora no cuestiona dicha lista, ni el procedimiento de conformación o el orden de los elegibles, sino actuaciones que surgieron con posterioridad, específicamente el hecho de que no se haya efectuado su nombramiento en aplicación del artículo 6° de la Ley 1960 de 2019;

vaca  
ma  
(iii) en el fondo, la accionante ataca la aplicación de un acto de carácter general, proferido por la CNSC, denominado "Criterio unificado sobre el uso de listas de elegibles a la luz de la Ley 1960 de 2019" del 16 de enero de 2020, el cual se encuentra en firme y se presume su legalidad.

Explicó que el ICBF no ha incurrido en ninguna actuación vulneratoria de los derechos fundamentales alegados, puesto que, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 (vigente para el momento en que se dio apertura a la convocatoria), el Decreto 1894 de 2012 y la jurisprudencia constitucional (sentencia SU-446 de 2011), las listas de elegibles fueron utilizadas para proveer las vacantes ofertadas en la Convocatoria, y solo hasta el 16 de enero de 2020, la CNSC, como órgano rector de la carrera administrativa, emitió el criterio unificado "uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019", en virtud del cual se están usando las listas de elegibles de la Convocatoria 433 de 2016, en los casos autorizados por la CNSC.

Reiteró que la accionante exige su nombramiento en un cargo para el que no guarda equivalencia con el cargo al que aspiró en el marco de la convocatoria, toda vez, que no cumple los requisitos establecidos en el criterio unificado, específicamente perfil y ubicación geográfica, por tanto, desconocer esta condición puede afectar los derechos de las personas que conforman listas de elegibles que sí acreditan los requisitos establecidos por la CNSC.

Frente a los hechos indicó que la servidora pública DIANA MILENA SANTAMARÍA APACHE, identificada con C.C. No. 52.916.759, se encuentra vinculada en la Planta de Personal del ICBF, mediante nombramiento provisional en el cargo Profesional Universitario, Código 2044, Grado 07, asignada al Centro Zonal Arauca, Regional ICBF Arauca, desde el 2 de noviembre de 2019, por lo que actualmente devenga una remuneración para su sostenimiento.

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 -ICBF-, Convocatoria No. 433 de 2016, surtiéndose todas las etapas previstas para su desarrollo y ya se han proferido todas las listas de elegibles correspondientes y una vez en firme las listas de elegibles, se hicieron los nombramientos a que hubo lugar. Que en la actualidad se están 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), conforme al Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 para la aplicación de la Ley 1960 de 2019, emitido también por la Comisión.

Advirtió que la OPEC, según definición de la CNSC, es «el listado donde se encuentran las vacantes definitivas que requiere 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.

Que proferida la Ley 1960 de 2019 y el Criterio Unificado del 16 de enero de 2020, de la CNSC, para su implementación respecto a listas de elegibles emitidas con anterioridad a la ley, se hace necesaria su aplicación frente a vacantes creadas con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016, especialmente las creadas por Decreto 1479 de 2017 y distribuidas mediante **Resolución 7646 de Septiembre 5 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", con aplicación de los criterios objetivos de distribución.

Que para el caso concreto, a través de la Oferta Pública de Empleos de Carrera No. 38749 (OPEC 38749), se ofertó (1) vacante del empleo denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11, cuya ubicación geográfica era la Regional Arauca, Saravena, tal y como se puede verificar en el link: <https://www.cnsc.gov.co/index.php/consulte-opec-433-icbf>. (sic)

Que la lista de elegibles de la OPEC 38749, prevista para proveer (1) vacante, publicada por la CNSC mediante la Resolución No. 20182230050655 del 21 de mayo de 2018, estaba conformada por (3) personas, dentro de las cuales la señora DIANA MILENA SANTAMARÍA APACHE, quien ocupó la posición No. 2., y una vez en firme la lista de elegibles, el ICBF procedió a efectuar el nombramiento de la persona que ocupó el primer (1) lugar de elegibilidad, esto es, a la señora Ilma Moncada Carrero, persona que ya tiene derechos de carrera por haber superado los seis (6) meses en periodo de prueba.

Que conforme lo anterior, el proceso para proveer la vacante de la convocatoria 433 de 2016, para el empleo Profesional Especializado, Código 2028, Grado 17, OPEC 38749, en el que participó la hoy accionante DIANA MILENA SANTAMARÍA APACHE, ya se surtió con el nombramiento y posesión de la participante antes referida.

Resaltó que para dar cumplimiento al «uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019» expedido por la CNSC el 16 de enero de 2020, el ICBF, realizó verificación e identificación en la planta global de los empleos que cumplen con las características definidas en el criterio citado [*igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, y en especial la ubicación geográfica*]; sin embargo, se evidenció que para el empleo Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11 (sic), OPEC 38749, ofertado dentro de la Convocatoria 433 de 2016, para el cual participó la señora DIANA MILENA SANTAMARÍA APACHE y hace parte de la lista de elegibles, no existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC, toda vez que no se cumplen con los lineamientos establecidos por la Comisión como son grado, perfil, profesión y ubicación geográfica para este caso específico.

Añadió que el empleo Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 OPEC 38749, fue ofertado para el Centro Zonal Saravena de la Regional Arauca.

Como resultado de lo anterior, se evidenció que para empleo Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11 (sic), OPEC (38749), ofertado dentro de la Convocatoria 433 de 2016, para el cual participó la señora DIANA MILENA SANTAMARÍA APACHE y hace parte de la lista de elegibles, no existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC, toda vez que no se cumplen con los lineamientos establecidos por la Comisión como son perfil, grado y ubicación geográfica para este caso específico. Así mismo, la Dirección de Gestión Humana certificó que no existen vacantes disponibles que atiendan a lo establecido en el Criterio Unificado, sin que la accionante haya aportado medio probatorio alguno que permita establecer la existencia de vacantes para el cargo al que aspiró.

De otra parte, argumentó que en el presente caso, la solicitud de amparo deviene improcedente al no cumplir los requisitos de (i) trascendencia iusfundamental del asunto; y, (ii) subsidiariedad y perjuicio irremediable.

Frente a la trascendencia iusfundamental del asunto, refutó que: (i) la lista de elegibles del caso ya fue publicada alrededor de dos años; (ii) la actora no ocupó los lugares correspondientes a las vacantes ofertadas en dicha lista; y (iii) además, pretende la aplicación inmediata y parcial de la Ley 1960 de 2019, frente a la cual el ICBF y la CNSC surtieron procedimientos administrativos y financieros complejos, que además, no pueden ser objeto de injerencia por parte del juez de tutela, pues como se estableció en el acápite de los hechos, ya está determinado que la lista de elegibles de la actora no puede ser utilizada en el marco del Criterio unificado del 16 de enero de 2020.

Respecto del requisito de subsidiariedad e inexistencia de un perjuicio adujo que la accionante cuenta con mecanismos distintos a la tutela para ejercer sus derechos, sin que haya demostrado que son insuficientes para esos fines. Tampoco demostró que, de acudir a las vías judiciales ordinarias, se configure un perjuicio irremediable en su derecho fundamental.

Señaló que la legalidad de un acto administrativo obliga a quien pretende controvertirlo a demostrar que aquel se apartó, sin justificación alguna, del ordenamiento que regula su expedición; debate que corresponde a la órbita de la Jurisdicción de lo Contencioso

Administrativo, al momento de estudiar la posible anulación del acto, de conformidad con las competencias dispuestas para tal efecto.

Conforme con lo anterior, estos actos podrán ser controvertidos ante la jurisdicción contencioso administrativa, a través de los medios de control previstos en la Ley 1437 de 2011, específicamente la acción de nulidad simple, para los actos generales y la de nulidad y restablecimiento del derecho para actos administrativos de contenido particular. Estas acciones, cuentan con medidas cautelares (como la suspensión provisional del acto demandado), que se presumen idóneas y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados.

Dijo que el ICBF no ha vulnerado ni puesto en riesgo ningún derecho fundamental de la accionante, en tanto: i) adelantó todas las gestiones necesarias para el cumplimiento de la Ley 1960 de 2019; y ii) estableció la no procedibilidad de hacer uso de la lista de elegibles del caso concreto condicionada a la Revisión de los Criterios establecidos por la CNSC.

Añadió, que para hacer uso de las listas de elegibles conforme al Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, el empleo debe coincidir en su totalidad con cada uno de los parámetros de *"igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."*, señalados por la CNSC.

Frente a la presunta violación al derecho a la igualdad alegado por la actora arguyó que la decisión del ICBF ha seguido los criterios formulados por la CNSC, en la determinación de las reglas de igualdad a partir de las características propias de cada OPEC para considerar un *empleo equivalente*.

Señaló 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, 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.

Informó que existen al menos 80 casos, en los que la tutela ha sido considerada improcedente para exigir el nombramiento en aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

Indicó además, que no hay ninguna decisión que haya hecho tránsito a cosa juzgada, amparando las solicitudes de los accionantes respecto a aplicar la Ley 1960 de 2019, pues aquellas que otorgaron el derecho en segunda instancia, aún deben pasar por la revisión de la Corte Constitucional para que se entiendan como decisiones definitivas, que hagan tránsito a cosa juzgada y constituyan precedente jurisprudencial aplicable. La Corte ha señalado que una sentencia de tutela hace tránsito a cosa juzgada constitucional *"(i) cuando es seleccionada para revisión por parte de esta corporación y fallado en la respectiva Sala o, (ii) cuando, surtido el trámite de selección, sin que ésta haya sido escogida para revisión, fenece el término establecido para que se insista en su selección"*

Concluyó, que ninguna de las decisiones que el Despacho pueda considerar como aplicables constituye precedente judicial, ni debe ser tenida en cuenta para resolver sus pretensiones, bien sea por inexistencia de cosa juzgada constitucional o por diferencia en los fundamentos fácticos y jurídicos que les dieron origen.

Con base en lo expuesto pidió declarar improcedente, frente al ICBF, la acción de tutela interpuesta por Diana Milena Santamaría Apache, 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, se solicita subsidiariamente que sea negada, al no advertirse violación de derechos fundamentales por conductas atribuibles a la entidad.

### 1.5.2. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (fls. 109 a 111 cdo)

La entidad por intermedio de su Asesor Jurídico señaló que es cierto que la señora Diana Milena Santamaría Apache, 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 No. 38749, y que, una vez superadas las fases del concurso, se publicó la Resolución No. CNSC—20182230050655 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. 38749,*

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 segunda (2) posición con 68.55 puntos.

Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 del acuerdo de convocatoria, la CNSC remitió al ICBF, el mencionado acto administrativo para que procedieran a realizar los nombramientos de aquellos elegibles que ocuparon una posición meritosa en la lista conforme el número de vacantes ofertadas para esa OPEC, en estricto orden de mérito.

Que para el empleo en mención se ofertó sólo una (1) vacante, y que el elegible que adquirió el derecho a ser nombrado en período de prueba para el cargo, fue el aspirante que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles.

Resaltó que los participantes en los concursos de méritos no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, toda vez que sólo son titulares de una expectativa que únicamente se materializa cuando cumplen todos los requisitos legales y superan todas las etapas del proceso de selección y solo genera un derecho a las personas que ocupan las primeras posiciones.

Respecto de la vigencia de lista de elegibles, refirió que el artículo 64 estableció que las mismas tienen una vigencia de dos años, a partir de su firmeza, en consecuencia, la Lista de Elegibles conformada mediante la Resolución No. CNSC — 201822230040845 del 26 de abril de 2018, cobró firmeza el 6 de junio de 2018 y bajo la norma citada, los dos años de vigencia de dicho acto administrativo vencieron el 5 de junio de 2020, razón por la cual, dicha Lista de Elegibles, no puede ser utilizada para la provisión de empleos en el ICBF, en razón a que ya perdió vigencia.

Dedujo que la Lista de Elegibles que integra la accionante no tiene efectos jurídicos en la actualidad, circunstancia que desconoce la accionante, induciendo al error al Juzgador para el amparo de derechos fundamentales que no han sido vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Con base en lo dicho, concluyó que la Comisión Nacional del Servicio Civil, no vulneró los derechos fundamentales que alude la accionante, pues respecto de lo que le corresponde, se ha dado cumplimiento a lo dispuesto por la Ley 1960 de 2019 y demás normas que regulan la materia, al punto de ya haber aprobado el correspondiente uso de la lista de elegibles conformada para el empleo identificado con el código OPEC No. 38749.

Solicitó declarar la improcedencia de la presente acción constitucional al no existir vulneración alguna a los derechos fundamentales de la actora.

## **1.6. PRUEBAS.**

De las documentales aportadas, se destacan las siguientes:

### **1.6.1. De la parte accionante.**

- Las relacionadas por la parte actora en el acápite "Documentales" visibles a folios 26 vto a 87 y 134 a 154 cdo.

### **1.6.2. De la accionada ICBF**

- Certificación expedida por el Director de Gestión Humana de la entidad y anexo (fls. 101 a 105 cdo)
- Copia de la Resolución No. CNSC-20182230050655 del 21-05-2018. (fls. 106 y 107 cdo)

### **1.6.3. De la accionada CNSC**

- Constancia de inscripción (fl. 112 cdo)
- Copia de la Resolución No. CNSC-20161000001376 del 05-09-2016. (fls. 113 a 128 cdo)
- Certificación notificación admisión tutela a través de la página web de la entidad. (fl. 129 cdo)
- Certificación expedida por el Director de Administración de carrera administrativa de la CNSC. (fl. 130 cdo)



## II. CONSIDERACIONES

Procede esta Judicatura a resolver la presente acción de tutela, con el fin de determinar si las entidades accionadas se encuentran incurriendo o no, en la vulneración de garantías fundamentales a los derechos fundamentales invocados por la accionante, que ameriten la intervención del Juez Constitucional.

Así las cosas, y con el objeto de resolver lo planteado, debemos recordar, que la acción de tutela emerge como un instrumento excepcional de protección de derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten conculcados o amenazados, por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular que ejerce funciones públicas, de tal suerte que ameriten la intervención inmediata del Juez Constitucional, por no existir otro mecanismo de defensa judicial, o porque se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Por lo tanto, no sólo basta la existencia de un derecho fundamental Superior, para que proceda el amparo tutelar, sino que se requiere de la efectiva violación o amenaza de los mismos por acción u omisión, concretamente dirigida a ellos.

### 2.1. PROBLEMA JURÍDICO:

¿Las entidades accionadas vulneran los derechos fundamentales a la igualdad, petición, trabajo, debido proceso y al acceso a cargos públicos de la señora Diana Milena Santamaría Apache, como integrante de la lista de elegible conformada mediante Resolución 20182230050655 del 21 de mayo de 2018, para el cargo de Profesional Universitario, OPEC 2028, grado 17, correspondiente a la Convocatoria No. 433 de 2016 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al no hacer uso de la lista de elegibles en la que se encuentra inscrita a fin de opcionar a un cargo de igual categoría, bajo el argumento que el cargo para el cual ésta concursó, no cumple con todos los requisitos establecidos en el Criterio Unificado expedido por la CNSC el 16 de enero de 2020, principalmente, el de ubicación geográfica?

### 2.2 DE LA SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la tutela, es del caso tener en cuenta que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza, ni oportuna, ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la vía constitucional<sup>1</sup>, de ahí que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales debe haber agotado los medios de defensa disponibles por la normatividad para tal efecto<sup>2</sup>, así se pretende asegurar que una acción tan expedita, no sea considerada, en sí misma, una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que supla aquellos diseñados por el legislador<sup>3</sup>.

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, la Corte Constitucional en sentencia T-912 de 2006, indicó que:

*"En segundo lugar, cuando la tutela se interpone como mecanismo transitorio, habida cuenta de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo, es preciso demostrar que esta es necesaria para evitar un perjuicio irremediable. Dicho perjuicio se caracteriza, según la jurisprudencia, por lo siguiente: i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que esta por suceder prontamente; ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) por que las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y iv) por la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad."*

Criterio que fue reiterado por la misma Corporación en sentencia T-026 de 2010 cuando señaló:

*"uno de los factores de procedencia de la acción de tutela, radica en la inexistencia o ineficacia del medio de defensa judicial ordinario, situación que podrá determinarse por el juez de tutela (...) El inciso 3° del artículo 86 de la Constitución somete la acción de tutela al principio de subsidiariedad, esto es, que el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En desarrollo de la norma superior, en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 fueron consagradas las causales de improcedencia de la acción de tutela (núm. 1°)".*

El máximo tribunal Constitucional con el fin de analizar la afectación del derecho al debido proceso, en el procedimiento administrativo (antes vía gubernativa) ha hecho remisión a las causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por tratarse de las

1 Sentencia T-1222 de 2001

2 Sentencia T-606 de 2004

3 Sentencia SU-622 de 2001

formas más usuales de vulneración. Sin embargo, ha insistido en que siendo la jurisdicción contenciosa administrativa el ámbito propio para tramitar los reproches de los ciudadanos contra las actuaciones de la administración, la procedencia de la acción de tutela resulta aún más excepcional que contra decisiones judiciales. Así mismo señaló que el examen constitucional debe ser más estricto, en aras de evitar un uso abusivo del recurso de amparo contra decisiones administrativas que cuentan con su propio procedimiento de control judicial<sup>4</sup>.

### 2.3. DEL PRINCIPIO DE INMEDIATEZ

El principio de inmediatez, se predica en los casos en que la acción de tutela debe ser incoada dentro de un término razonable a partir del acaecimiento del hecho generador de la violación de los derechos fundamentales. De esta manera, la sentencia T-332 de 2015 se pronunció sobre el particular, así:

*"El principio de inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la acción de tutela, por lo que su interposición debe ser oportuna y razonable con relación a la ocurrencia de los hechos que originaron la afectación o amenaza de los derechos fundamentales invocados."*

La normatividad que regula el mecanismo tutelar no fija un término específico para su formulación; de acuerdo con los principios y criterios que lo gobiernan, relacionados con la urgencia, celeridad y eficacia (art. 3 del Decreto 2591 de 1991), se requiere que el interesado actúe tan pronto tenga ocurrencia del hecho generador, de la supuesta vulneración de los derechos aducidos.

### 2.4. DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA CONCURSO DE MÉRITOS

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de tutela STC de 24 de septiembre de 2013, dictada dentro del radicado. 00676-01, señaló:

*"(...) [E]stribaba la [antecedente] conclusión en que si la protesta formulada refiere, a la determinación adoptada por el organismo acusado, de inadmitir a la actora al concurso (...) se infiere que del pretendido análisis no puede ocuparse el Juez de tutela (...)"*

*"(...) Lo que se acaba de exponer radica en que, repetidamente lo ha dicho la Corte, por tratarse de actos administrativos, el debate acerca de su legalidad cumple suscitarlo ante los Jueces especializados competentes, a través de las acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo, de acuerdo con las circunstancias y particularidades que a juicio de la persona interesada, experimentó la situación que generó lo resuelto por la administración y que es materia de inconformidad, a fin de generar las determinaciones con las cuales se obtenga el restablecimiento del derecho o la reparación directa a que hubiere lugar (...)"*

Así mismo, la H. Corte Constitucional en sentencia T-586 de 2017, con ponencia del Dr. Alberto Rojas Ríos, al respecto manifestó:

*"Dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, quien pretenda controvertir en sede judicial un acto administrativo debe acudir a las acciones que para tales fines existen en la jurisdicción contenciosa administrativa. Sin embargo, esta Corporación también ha señalado que hay, al menos, dos excepciones a la regla antes señalada: (i) cuando la persona afectada no cuenta con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela, que sea adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, y que goce con suficiente efectividad para la protección de sus derechos fundamentales y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable<sup>5</sup>."*

Igualmente, la guardiana de la carta, en fallo T-682 de 2016, con ponencia del Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, al referirse a 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, dijo:

*"3.3. 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 debe declararse improcedente. No obstante lo anterior, el precedente de la Corte ha señalado que los medios de control de la jurisdicción contenciosa administrativa, bien sea a través de la acción electoral, de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o de la acción de reparación directa, no son los mecanismos idóneos y eficaces, en razón del prolongado término de duración que este tipo de procesos pudiese tener<sup>6</sup>."*

*3.4. Específicamente, en lo que tiene que ver con la procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos,*

<sup>4</sup> Sentencia T488 de 2014.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencias T-600 de 2002 y T-572 de 2015.

<sup>6</sup> Ver entre otras sentencias T-509 de 2011, T-748 de 2013 y T-748 de 2015.

se ha precisado, por parte del precedente de la Corporación, que existen dos casos en los cuales la acción de tutela se convierte en el mecanismo idóneo: (i) "aquellos casos en los que la persona afectada no tiene un mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional". (ii) "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>7</sup>

3.5. La procedencia de la acción de tutela para anular los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos, tiene una inescindible relación con la necesidad de proteger los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y debido proceso, los cuales en la mayoría de las ocasiones, no pueden esperar el resultado de un proceso ordinario o contencioso administrativo."

## 2.5. DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS – PROCEDENCIA EXCEPCIONAL

La H. Corte Constitucional en sentencia T-161 de 2017, con ponencia del Dr. José Antonio Cepeda Amarís, al referirse a la reiteración de jurisprudencia frente al tema, señaló:

"3.1. La Corte ha señalado desde sus primeros pronunciamientos que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario debido a que su objeto no es el de reemplazar a los medios judiciales ordinarios con los que cuentan los ciudadanos.<sup>8</sup> En este sentido, ha indicado que ante la existencia de otros medios de defensa judicial la acción de tutela por regla general no es procedente. Lo anterior, sustentado en lo dispuesto en el artículo 86 Constitucional que señala que 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". Dicho mandato fue reiterado en el desarrollo normativo de la acción de tutela en el numeral 1° del artículo 6 del decreto 2591 de 1991<sup>9</sup>.

3.2. También ha advertido este Tribunal que la tutela no constituye un mecanismo o una instancia para definir aquellos conflictos que la ley ha establecido como competencia de otras jurisdicciones. Esto, por cuanto el ordenamiento jurídico dispone la existencia de jurisdicciones diferentes a la constitucional, que de forma especializada atienden cada uno de los diferentes conflictos que los ciudadanos elevan ante la administración de justicia. Pero precisando además, que las decisiones de todas las autoridades, incluidas por supuesto las judiciales, deben someterse al ordenamiento jurídico (arts. 4° y 230 C.N.), marco dentro del cual los derechos fundamentales tienen un carácter primordial.<sup>10</sup>

De manera que si los procesos ordinarios están diseñados para solucionar los conflictos jurídicos y por tanto para proteger los derechos de las personas, la tutela no puede ser empleada como un mecanismo alterno o complementario.<sup>11</sup> Bajo esta premisa, la procedencia de la tutela está supeditada a que para su ejercicio se hayan agotado todas las instancias y los recursos con los que cuenta el afectado para la protección de sus derechos.<sup>12</sup>

3.3. No obstante lo anterior, esta Corporación ha precisado que debido al objeto de la acción de tutela, esto es, la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas, al analizar su procedibilidad es necesario valorar en cada caso concreto su viabilidad o no. Ello, debido a que no basta con la existencia del medio ordinario de defensa judicial, pues habrá que determinar (i) si este es idóneo y eficaz, y en última instancia, (ii) la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable que ponga en riesgo la afectación de los derechos fundamentales de las personas.<sup>13</sup>

3.3.1. En el primer caso, la Corte ha precisado que la tutela procede cuando un medio de defensa judicial no es idóneo o eficaz para proteger los derechos fundamentales del accionante. Y además ha explicado que la idoneidad hace referencia a la aptitud material del mecanismo judicial para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, lo que ocurre cuando el medio de defensa se corresponde con el contenido del derecho.<sup>14</sup> Respecto a la eficacia, se ha indicado que

<sup>7</sup> T-315 de 1998.

<sup>8</sup> Sentencia T-001 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>9</sup> Al respecto dispone esta norma que "[l]a acción de tutela no procederá (...) Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable."

<sup>10</sup> Sentencia T-590 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>11</sup> Sentencias C-543 de 1993 M.P. Jorge Arango Mejía y T-590 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>12</sup> Sentencias C-590 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-858 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-179 de 2009 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-510 de 2006 M.P. Álvaro Tafur Galvis, y T-590 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>13</sup> Consultar las sentencias T-589 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-590 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>14</sup> Ver entre otras las sentencias T-999 de 2000 M.P. Fabio Morón Díaz, T-847 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-972 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-580 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-068 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-211 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, SU-961 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-589 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-590 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Por su parte, Botero considera que un medio de defensa judicial idóneo es aquel que garantiza la definición del derecho controvertido y que en la práctica tiene la virtualidad de asegurar la protección del derecho violado o amenazado, o, en otros términos, es el camino adecuado para el logro de lo que se pretende, Cfr. Botero, Catalina, La acción de tutela en el Ordenamiento Constitucional Colombiano, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2006, P. 108.

se relaciona con el hecho de que el mecanismo esté diseñado de forma tal que brinde de manera oportuna e integral una protección al derecho amenazado o vulnerado.<sup>15</sup>

De manera que, para determinar la concurrencia de estas dos características del mecanismo judicial ordinario, deben analizarse entre otros aspectos: los hechos de cada caso; si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente ofrece la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela<sup>16</sup>; el tiempo de decisión de la controversia ante la jurisdicción ordinaria; el agotamiento de la posibilidad de ejercicio del derecho fundamental durante el trámite<sup>17</sup>; la existencia de medios procesales a través de los cuales puedan exponerse los argumentos relacionados con la protección de los derechos fundamentales<sup>18</sup>; las circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido o no espere promover los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance<sup>19</sup>; la condición de sujeto de especial protección constitucional del peticionario que exige una particular consideración de su situación<sup>20</sup>.

Así las cosas, la Corte ha admitido excepcionalmente el amparo definitivo en materia de tutela ante la inexistencia de un medio de defensa judicial o cuando el existente no resulta idóneo o eficaz para la protección de los derechos fundamentales de las personas que solicitan el amparo de sus derechos fundamentales, lo que se justifica por la imposibilidad de solicitar una protección efectiva, cierta y real por otra vía.<sup>21</sup>

3.3.2. Adicionalmente, la jurisprudencia ha precisado que si el mecanismo existente es idóneo y eficaz, la tutela solo resultaría procedente si se evidencia la amenaza de ocurrencia de un perjuicio irremediable<sup>22</sup>. En este caso, la tutela se toma viable y el amparo se otorga transitoriamente hasta tanto la situación sea definida en la jurisdicción competente. Para ello, el demandante del amparo deberá instaurar las acciones ordinarias correspondientes dentro de un término máximo de 4 meses a partir del fallo, lapso que se suspende con la presentación de la demanda ordinaria.<sup>23</sup> En este caso, el término señalado es imperativo, y si el actor no cumple con la obligación señalada, el amparo pierde su vigencia.<sup>24</sup> En estos términos, la persona que solicita el amparo, deberá demostrar de forma suficiente la necesidad de la medida para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.<sup>25</sup> En este tema la jurisprudencia constitucional ha decantado los elementos que deben concurrir en el acaecimiento de un perjuicio irremediable:

- “(i) que se esté ante un perjuicio **inminente** o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño;
- (ii) el perjuicio debe ser **grave**, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona;
- (iii) se requieran de medidas **urgentes** para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y

<sup>15</sup> Ver, entre otras, las sentencias T-106 de 1993 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-280 de 1993 M.P. Hernando Herrera Vergara y T-847 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-425 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-1121 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-021 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-514 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-211 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo, T-858 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-160 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-589 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-590 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Nuevamente trayendo a colación el concepto de Botero, la autora sostiene que la *eficacia* está relacionada con que el medio judicial ordinario proteja de manera integral, vigorosa y oportuna el derecho fundamental que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una acción u omisión de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley. Respecto a la diferencia entre idoneidad y eficacia, Botero sostiene que esta última “está relacionada con la protección oportuna del derecho, mientras la idoneidad se refiere a la protección adecuada del mismo.” *Op. Cit.* Botero, Catalina.

<sup>16</sup> Ver sentencias T-414 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón, T-384 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-822 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-068 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>17</sup> Ver sentencias T-778 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-979 de 2006 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-864 de 2007 M.P. Nilson Pinilla Pinilla y T-123 de 2007 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>18</sup> Ver sentencias T-966 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-843 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-436 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-809 de 2009 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-816 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla y T-417 de 2010 M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>19</sup> Ver, entre otras, las sentencias T-512 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-039 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>20</sup> Ver, entre otras, las sentencias T-656 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-435 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-768 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-651 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, y T-1012 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-329 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-573 de 1997 M.P. Jorge Arango Mejía, T-654 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-289 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>21</sup> Sentencias T-083 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-400 de 2009 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-881 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-421 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez y T- 208 de 2012 M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Respecto a la procedencia definitiva en materia de tutela, Botero sostiene que esta fórmula se aplica en aquellos casos en los que la violación que está en juego es una de aquellas cuestiones de carácter “meramente constitucional”. Para otorgar esta forma de amparo, es necesario la concurrencia de los siguientes requisitos: (i) que las circunstancias de hecho estén meridianamente claras y que sobre ellas no exista discusión; (ii) que las disposiciones jurídicas aplicables no ofrezcan dudas; (iii) que no exista alguna controversia mayor que solo pueda ser resuelta en un proceso ordinario; (iv) que la tutela transitoria tenga como único efecto un desgaste y congestión innecesarios del aparato judicial. *Op. Cit.* Botero, Catalina.

<sup>22</sup> Consultar sobre este tema las sentencias C-531 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-719 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-436 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-086 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>23</sup> Decreto 2591 de 1991, artículo 8°: “La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (...) En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. (...) Si no la instaura cesarán los efectos de éste. (...)”

<sup>24</sup> Sentencias T-098 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-608 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería y T-1062 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>25</sup> Ver sentencias T-278 de 1995 M.P. Hernando Herrera Vergara, T-1068 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-043 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

(iv) las medidas de protección deben ser **impostergables**, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.<sup>26</sup>

3.4. Ahora bien, en materia de actos administrativos de contenido particular y concreto, la jurisprudencia de esta Corporación<sup>27</sup> ha establecido que por regla general la acción de tutela no es procedente para controvertir actos administrativos toda vez que las discrepancias suscitadas por la aplicación o interpretación de los mismos deben ser dirimidas a través de la jurisdicción contenciosa administrativa<sup>28</sup>. No obstante, en criterio de la Corte, la aceptación de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra los actos administrativos depende de si el contenido de los mismos implica una vulneración evidente de los derechos fundamentales o la amenaza de la ocurrencia de un perjuicio irremediable de tal magnitud que obligue la protección urgente de los mismos.<sup>29</sup>

En este sentido, la Corte ha precisado que (i) la improcedencia de la tutela como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, se justifica en la existencia de otros mecanismos, tanto administrativos, como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.<sup>30</sup> Adicionalmente, se ha señalado que cada acción constitucional conlleva la necesidad de confrontar las condiciones del caso, de manera que se defina el cumplimiento de los requisitos establecidos en la jurisprudencia para el acaecimiento del perjuicio irremediable.<sup>31</sup>

3.5. No obstante lo anterior, la Corte ha precisado<sup>32</sup> que en los eventos en que se evidencie que (i) la actuación administrativa ha desconocido los derechos fundamentales, en especial los postulados que integran el derecho al debido proceso; y (ii) los mecanismos judiciales ordinarios, llamados a corregir tales yerros, no resultan idóneos en el caso concreto o se está ante la estructuración de la inminencia de un perjuicio irremediable; la acción de tutela es procedente de manera definitiva en el primer caso, o como mecanismo transitorio en el segundo, en aras de contrarrestar los efectos inconstitucionales del acto administrativo.<sup>33</sup>

De esta manera, la Corte ha señalado igualmente que para la comprobación de la inminencia de un perjuicio irremediable que justifique la procedencia de la acción de tutela, se deben observar criterios como (i) la edad de la persona, por ser sujeto de especial protección en el caso de las personas de la tercera edad; (ii) el estado de salud del solicitante y su familia; y (iii) las condiciones económicas del peticionario del amparo.<sup>34</sup> En estos eventos, debe mencionarse que la Corte ha exigido que se haya desplegado cierta actividad procesal administrativa mínima por parte del interesado.<sup>35</sup>

Es importante tener en cuenta que la alta corporación, concluyó indicando que en cuanto a la procedencia de la acción de tutela de forma definitiva en relación con actos administrativos, deben atenderse las circunstancias especiales de cada caso concreto.<sup>36</sup> Por tanto, dijo la Corte que en estos eventos específicos, ya ha dicho que pese a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial como el medio de control de la nulidad y restablecimiento del derecho, se deben analizar las condiciones de eficacia material y las circunstancias especiales de quien invoca el amparo, que pueden hacer viable la protección de los derechos del afectado a través de la acción de tutela de forma definitiva.

### III. DEL CASO CONCRETO

A.- Conforme lo narrado en el escrito de tutela y las pruebas arrojadas al presente trámite, se tiene, que la accionante pretende se le amparen los derechos fundamentales a la igualdad, petición, trabajo, debido proceso y al acceso a ocupar cargos públicos, en razón a la negativa de las entidades accionadas en conformar la lista general de elegibles para proveer los cargos vacantes que no han sido cubiertos con la lista territorial.

<sup>26</sup> Sentencias T-107 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-816 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-1309 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

<sup>27</sup> Sentencias T-198 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-1038 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-992 de 2008 M.P. Mauricio González Cuervo, T-866 de 2009 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre otras.

<sup>28</sup> Ver, entre otras la Sentencia T-016 de 2008 M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>29</sup> Sentencia T-514 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>30</sup> Idem.

<sup>31</sup> Sentencia T-708 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>32</sup> Sentencia T-932 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>33</sup> Consultar, adicionalmente, las sentencias T-387 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-076 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>34</sup> Al respecto consultar las sentencias T-229 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-935 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-376 de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-529 de 2007 M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-607 de 2007 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-652 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-762 de 2008 M.P. Jaime Araujo Rentería y T-881 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>35</sup> T-881 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>36</sup> Sentencia T-392 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-048 de 2009 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

B.- De los medios de prueba aportados al trámite, es claro para esta judicatura que la demandante, se inscribió en la Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF, OPEC 38749, Profesional Especializado, código 2028, grado 17, cuya ubicación está circunscrita a la población de Saravena, Territorial Arauca, superando cada una de las etapas del concurso, obteniendo un puntaje final de 68.55 puntos.

C. Que mediante Resolución N° CNSC - 20182230050655 del 21 de mayo de 2018, expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, se conformó la lista de elegibles correspondiente a la OPEC N° 38749, prevista para proveer una vacante, para la cual la señora DIANA MILENA SANTAMARÍA APACHE concursó, ocupando la posición No. 2., y una vez en firme la lista de elegibles, el ICBF procedió a efectuar el nombramiento de la persona que se ubicó en el primer lugar, esto es, a la señora ILMA MONCADA CARRERO.

D. Que el 13 de febrero de 2020, la actora solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil, su nombramiento en periodo de prueba en uso de la lista de elegibles para proveer cargos vacantes, sin embargo, la misma fue despachada desfavorablemente a través de la comunicación de fecha marzo 10 de la calenda. Que igual suerte tuvo la petición elevada ante el ICBF.

E.- Debe mencionarse, que las decisiones proferidas en el marco del concurso al definir una situación jurídica, son susceptibles de ser consideradas como actos administrativos frente a los cuales se presume su legalidad, conforme se señala en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, el cual previó:

*ARTÍCULO 88. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.*

D.- Descendiendo al caso concreto, se abordará inicialmente el estudio de los requisitos de procedibilidad, subsidiariedad, inmediatez y perjuicio irremediable alegados por la parte pasiva.

Frente a estos tópicos, se debe señalar, que dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, quien pretenda controvertir en sede judicial un acto administrativo debe acudir a las acciones que para tales fines existen en la jurisdicción contenciosa administrativa; no obstante lo anterior, respecto de los derechos fundamentales invocados por la aquí actora, es preciso indicar que la Corte Constitucional también ha señalado que hay, al menos, dos excepciones a la regla antes señalada: (i) cuando la persona afectada no cuenta con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela, que sea adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, y que goce con suficiente efectividad para la protección de sus derechos fundamentales y, (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Obsérvese en primer lugar, que la accionante a través del derecho de petición solicitó su nombramiento en periodo de prueba, sin embargo, fue rechazada su solicitud por las accionadas. De otra parte, tal y como lo alegó las mismas entidades reclamadas, la vigencia de las listas de elegibles están *ad portas* del vencimiento, situación que podría darse en los próximos días, conforme se analizará posteriormente, es decir, que vencido el término de vigencia (2 años) de la lista, la actora quedaría desprotegida frente al reclamo que hoy nos ocupa, por tanto, afectaría gravemente sus posibilidades de acceder a la carrera administrativa en el cargo para el cual concursó y aprobó cada una de sus etapas, lo que sin lugar a dudas, colige esta Judicatura, se constituiría en un perjuicio irremediable en sus aspiraciones laborales. Nótese igualmente que la actora ha hecho uso de los medios que otorga la normativa a fin de obtener el plurimencionado nombramiento, sin embargo, vuelve y se repite, no lo ha conseguido.

Es necesario resaltar que la actuación versa sobre un derecho particular y concreto consignado en un acto administrativo, es decir, que el escenario natural en que debería darse el debate sería el medio de control de nulidad y restablecimiento consignado en el artículo 138 CPCA; sin embargo, tratándose de concurso de méritos, la jurisprudencia constitucional ha sido permisiva sobre la posibilidad del ejercicio de la acción de tutela, a pesar de la existencia de otro mecanismo de defensa judicial.

Es necesario precisar, como lo alegó la parte actora, la inconformidad que dio origen a la acción constitucional, tiene su origen, entre otros asuntos, en el "Criterio Unificado" emitido por la CNSC el 16 de enero de 2020; y la respuesta al derecho de petición incoado ante el

ICBF, la cual se produjo el 17 de marzo de 2020 (fls. 61 a 64 cdo), y el presente trámite fue radicado el 7 de julio de la calenda, por lo cual, vuelve y se repite, cumple con el principio de inmediatez.

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, fueron suspendidos los términos procesales.

En consecuencia, considera esta Judicatura que la acción constitucional se convierte en el único mecanismo disponible para satisfacer sus pretensiones, así pues, resulta imperioso concluir que la misma está llamada a proceder en términos de subsidiariedad, procedencia e inmediatez.

Concretando, la pretensión de la accionante se centra en que se le permita por parte de la CNSC postularse a un cargo homólogo en el ICBF, para lo cual precisó en el escrito de tutela, que en el Centro Zonal de Tame, existe una vacante con OPEC No. 28752, profesional especializado, código 2028, grado 17, que tiene el perfil de nutrición y dietética, cargo que en la convocatoria fue declarado desierto; solicitud que tiene como fundamento el hecho que el cargo para el cual concursó (OPEC 38749) ya fue provisto con el primero de la lista.

De otra parte observa el despacho, que en la resolución CNSC 20182230050656 del 21-05-2018, que conformó la lista de elegibles para proveer la vacante del empleo identificado con OPEC 38749, se consignó en el numeral cuarto, 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”*, prerrogativa que 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 convocatoria); sin embargo, a través de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019 (artículo 6) le abrió la posibilidad de reutilización de su lista de elegibles.

Pese a lo anterior, 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, concepto que originó la discrepancia objeto de debate, emitido el 16 de enero de 2020, le coartó a la actora dicha 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; por tal razón, y atendiendo a la ubicación geográfica, la accionante no tendría la oportunidad para optar por otro cargo, dada la carencia de los mismos.

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

Ahora bien, la sentencia SU 446 de 2011, estableció que las listas de elegibles sólo podían ser utilizadas para proveer los cargos que hubiesen sido previa y expresamente ofertados, sin embargo, 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 del concurso”*.

De otra parte, en respuesta dada por la CNSC a la petición presentado por la actora, la entidad señaló:

*“...conviene manifestarle que la lista de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer tanto:*

1. *Las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera OPEC de la respectiva convocatoria.*

2. *Como las nuevas vacantes de los empleos que se generen con posterioridad a la aprobación del Acuerdo de Convocatoria siempre y cuando corresponda a los "mismos empleos".*

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**"; 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 número de OPEC.

Tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en la Sentencia C 533 de 2010, el artículo 125 de la Constitución Nacional introduce un criterio de interpretación legal que aboga por la plena eficacia de las normas de carrera administrativa, en consecuencia, y atendiendo el criterio de efecto general inmediato, sobre el de ultra actividad de sus predecesoras, a la convocatoria 433 de 2016, le es aplicable la Ley 1960 de 2019, dada la permanencia en el tiempo del concurso, que como se recuerda, aún sigue vigente, por tanto, al expedirse dicha normativa derogó los aspectos que le fueran contrarios en el Acuerdo CSNC 20161000001376 de 2016 que la convocó y su inobservancia afrenta el derecho fundamental al debido proceso.

Ahora bien, frente a la asimilación de la equivalencia de cargos al OPEC se deben hacer las siguientes apreciaciones:

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.*

Sin embargo, la definición insertada en el Criterio Unificado amplía la definición, añadiendo criterios como "nivel", "asignación salarial" idéntica, "propósito", "dependencia", "municipio donde se ubica el cargo" y "número de vacantes del empleo a proveer", contrariando lo 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.

En resumen, colige esta Judicatura, que el propósito de la Ley 1960 de 2019, no es otro que facultar 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; sin embargo, la restricción impuesta por la CNSC en el criterio unificado impide dicha posibilidad, lo que contraviene el acceso al sistema de carrera.

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, toda vez, que el cargo para el cual concursó (OPEC 38749) y al que aspira ser nombrada (OPEC 38752) son similares.

Con base en las anteriores consideraciones, es claro que el Concepto Unificado del 16 de enero de 2020, es ostensiblemente inconstitucional, en la medida en que riñe flagrantemente con el artículo 125 de la Constitución Nacional,

En ese orden de ideas, el Despacho hará uso de la excepción de inconstitucionalidad<sup>37</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"*.

<sup>37</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



Es necesario advertir igualmente, que la provisión de vacantes por equivalencia en la Convocatoria 433 regida por el Acuerdo 20161000001376 de 5 de septiembre de 2016 no vulnera derecho alguno de los aspirantes que se inscribieron en la misma OPEC y que optaron por otra ubicación geográfica, toda vez, que las vacantes existentes (ver folios 103 a 105 cdo) coinciden en gran parte con las vacantes declaradas desiertas en la Resolución No. CSNC – 20182230162005 del 04-12-2018; es decir, que todos los concursantes tuvieron la oportunidad de escoger dichos cargos, sin embargo, no lo hicieron.

De otra parte, es inadmisibles que la CNSC alegue que la lista de elegibles que integra la accionante no tenga efectos jurídicos en la actualidad, en razón que su vigencia venció el 5 de junio de 2020, desconociendo el asesor jurídico que a través de la Resolución No. 4970 de 2020, suspendió 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 hasta el 13 de abril de 2020; decisión que fue prorrogada mediante resoluciones 5265, 5804 y 6264 de 2020, ampliando la suspensión hasta el 31 de mayo de 2020, por tanto, a la fecha, continúa vigente dicha lista.

En conclusión, se amparan los derechos constitucionales invocados por la parte actora, sin embargo, las pretensiones se limitaran al cargo para el cual concursó la actora y sus equivalentes, excluyendo la ubicación geográfica del mismo, en consecuencia, 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 (exceptuando la ubicación geográfica) del cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17, al que concursó DIANA MILENA SANTAMARÍA APACHE, 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 (3) días hábiles contados a partir de realizado lo anterior, solicitará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el uso de la lista de elegibles, conforme se detallará más adelante, entidad que deberá en el término de tres (3) días definir la tarifa que debe pagar el ICBF por tal uso. Dentro de los tres (3) 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 (3) días siguientes a la CNSC quien expedirá la autorización de uso de la lista de elegibles en otros tres (3) días.

Agotado el anterior trámite, la CNSC contará con tres (3) días hábiles para publicar en su página web, dentro de la convocatoria 433 de 2016, las vacantes identificadas como equivalentes al cargo PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17, para que de éstas, todas las personas que aspiraron a dicho cargo (excluyendo la ubicación geográfica) elijan una, para la cual los aspirantes contarán con diez (10) días, y una vez finalizado dicho término, la CNSC, en tres (3) días, conformará cada una de las listas (de acuerdo a la ubicación geográfica del cargo a proveer) en estricto orden de méritos y remitirá en tres (3) días las mismas al ICBF quien expedirá la respectiva resolución de nombramiento en periodo de prueba en un término de tres (3) 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	3 días
CNSC: 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
CNSC: Publicará en su página web las vacantes disponibles	3 días
Los aspirantes podrán optar por una vacante	10 días
ICBF expide resolución de nombramiento en periodo de prueba	3 días
CNSC: Conformará las listas según la ubicación geográfica (ciudad)	3 días

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.

CNSC: Remitirá al ICBF la lista de elegibles	3 días
ICBF: Expedirá la resolución de nombramiento en periodo de prueba	3 días

En virtud de lo expuesto, el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Arauca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

### III. RESUELVE

**PRIMERO: 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, de conformidad con lo reseñado en la parte motiva.

**SEGUNDO: CONCEDER** la protección de los derechos fundamentales solicitados por la señora **DIANA MILENA SANTAMARÍA APACHE** contra la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL e INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

**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 (exceptuando la ubicación geográfica) del cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17, al que concursó DIANA MILENA SANTAMARÍA APACHE, con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3.38, 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 (3) días hábiles contados a partir de realizado lo anterior, solicitará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el uso de la lista de elegibles, conforme se detallará más adelante, entidad que deberá en el término de tres (3) días definir la tarifa que debe pagar el ICBF por tal uso. Dentro de los tres (3) 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 (3) días siguientes a la CNSC quien expedirá la autorización de uso de la lista de elegibles en otros tres (3) días.

Agotado el anterior trámite, la CNSC contará con tres (3) días hábiles para publicar en su página web, dentro de la convocatoria 433 de 2016, las vacantes identificadas como equivalentes al cargo PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17, para que de éstas, todas las personas que aspiraron a dicho cargo (excluyendo la ubicación geográfica) elijan una, para la cual los aspirantes contarán con diez (10) días, y una vez finalizado dicho término, la CNSC, en tres (3) días, conformará cada una de las listas (de acuerdo a la ubicación geográfica del cargo a proveer) en estricto orden de méritos y remitirá en tres (3) días las mismas al ICBF quien expedirá la respectiva resolución de nombramiento en periodo de prueba en un término de tres (3) 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	3 días
CNSC: 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
CNSC: Publicará en su página web las vacantes disponibles	3 días
Los aspirantes podrán optar por una vacante	10 días
ICBF expide resolución de nombramiento en periodo de prueba	3 días
CNSC: Conformará las listas según la ubicación geográfica (ciudad)	3 días
CNSC: Remitirá al ICBF la lista de elegibles	3 días

<sup>38</sup> 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.

ICFB: Expedirá la resolución de nombramiento en periodo de prueba	3 días
---	--------

**CUARTO: DENEGAR** las pretensiones que de forma general solicitó la accionante.

**QUINTO:** Notifíquese la presente decisión de conformidad con lo establecido en el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**SEXTO: SOLICITAR** a la CNSC y al ICFB, para que publiquen en su página web, específicamente en el portal del concurso de méritos de la convocatoria No. No. 433 de 2016 la presente decisión, a fin de notificar a los terceros interesados y vinculados.

**SÉPTIMO:** Por Secretaría efectúense las anotaciones de rigor.

**OCTAVO:** Si el presente fallo no fuere impugnado, ENVÍESE a la Corte Constitucional para su eventual revisión. En caso de no ser seleccionada para revisión archívese.

CL

QUIA  
del 7

SE  
es  
J.M.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIME ENRIQUE BERNAL LADINO**  
Juez

