

Asunto: Acción de tutela 2020-00070-00
Accionante: ALEXANDRA MARKOVA SÁNCHEZ ARANGO
Accionado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF
Decisión: Sentencia de Primera Instancia



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
**JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE PASTO**

Tutela No. **2020-00070**
ALEXANDRA MARKOVA SÁNCHEZ ARANO
Vs.
INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF

Pasto, veintidós (22) de abril de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA

Decide el despacho, la acción de tutela que interpuso la señora ALEXANDRA MARKOVA SANCHEZ ARANGO contra el **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)** y la **Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) VINCULADA**.

ANTECEDENTES

ALEJANDRA MARKOVA SANCHEZ, en su propio nombre, interpuso acción de tutela en contra del **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)** y la **Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC)** mediante vinculación, por la presunta violación de sus derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa por meritocracia, igualdad, trabajo en condiciones dignas, confianza legítima debido proceso, igualdad, como quiera que el **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)**.

PRETENSIONES:

1. Que se tutelen sus derechos al acceso a la carrera administrativa por meritocracia, igualdad, trabajo en condiciones dignas, confianza legítima debido proceso, igualdad.
2. Que se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la decisión adoptada, se realice las gestiones pertinentes para el nombramiento y posesión en periodo de prueba de la accionante en el cargo de carrera con código o número OPEC 401 11, denominado profesional especializado código 2044, grado 9 y/o cargo similar, conforme a la lista de elegibles, conformada con la resolución No.CNSC-20182230043485 del 27 de abril de 2018, la cual se encuentra en firme.
3. Solicita la vinculación de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

4. Se compulse copias a la Procuraduría para que se investigue a la entidad accionada la conducta de su falta de nombramiento de los elegibles, conforme a un acto administrativo particular y concreto.
5. Condenar a la entidad accionada al pago de perjuicios y costas.

La accionante se basa en los siguientes **SUPUESTOS FACTICOS**:

Primero. 1. Mediante artículo 37 del acuerdo N O 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 la CNSC convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF; en el cual participé para optar por la vacante del empleo identificado con el código OPEC NO 40111, denominado Profesional Universitario Código 2044, Grado 9.

Segundo. 2. Mediante Resolución N O CNSC-20182230043485 del 27-04-2018, se conformó la lista de elegibles, quedando la suscrita en el Segundo lugar y conforme el artículo 64 del Acuerdo 2016 1000001376 de 2016 tiene una vigencia de dos años. Tercero. 3. Mediante Resolución NO 6648 del 30 de mayo de 2018 el ICBF nombró en periodo de prueba a quien había quedado en el primer lugar de la lista de elegibles., Cuarto. 4. El 22 de noviembre de 2018 la CNSC expidió la Resolución N O CNSC 20182230156785 que revoca el artículo 4 de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la convocatoria N O 443 de 2016 que señalaba: "Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo, dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados." Lo anterior impidió que el ICBF pudiese usar la lista de elegibles contenida en la resolución NO CNSC - 20182230043485 del 27 de abril de 2018, donde tengo opción de nombramiento. Quinto. El Gobierno Nacional expidió el decreto 1479 de 2017 "Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del ICBF", suprimiendo 13 cargos de carácter temporal cuya denominación era de Profesional universitario Código 2044 Grado 9 y creo 13 con carácter permanente; así mismo determinó que dichos cargos debían proveerse siguiendo el procedimiento establecido en el decreto ley 909 de 2004. Sexto. El 27 de junio de 2019 se expidió la ley 1960 que modificó la ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998 cuyo artículo 6 establece que el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad". Adicionalmente, según la normatividad de carrera administrativa y la jurisprudencia de la corte constitucional, no puede existir un cargo en provisionalidad en vacante definitiva cuando hay vigente una lista de elegibles para un empleo que fue objeto de la convocatoria 433. Séptimo. 7. El dieciséis (16) de enero de 2020, la Comisión Nacional Del Servicio Civil en criterio unificado concluye que; "(...) las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para prever las vacantes de los empleos que integran la Oferta Publica de Empleos de carrera – OPEC- de las respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos",

entiéndase con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con número de OPEC.” Octavo: Es de vital importancia aclarar que la lista de elegibles tiene una vigencia corta en el tiempo de apenas dos años (conforme el Art. 31 numeral 4 de la Ley 909 de 2004), lo cual, como lo ha señalado la CORTE CONSTITUCIONAL (Sentencia T133 de 2016), ante la premura del tiempo, es otra de las causales de la procedencia de la Acción de Tutela en estos casos, superándose el requisito de subsidiariedad frente a un proceso contencioso administrativo demorado. Noveno: Tengo un derecho adquirido a ser nombrado y posesionado en periodo de prueba, el cual está dentro de mi patrimonio conforme el artículo 58 constitucional, - y no una mera expectativa-, al estar la lista de elegibles en firme y debidamente comunicada al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF, para el cargo de empleo identificado con el código o número OPEC 40111 denominado profesional especializado Código 2044 Grado 9, según lo ha señalado la jurisprudencia unificada de la CORTE CONSTITUCIONAL, contenida en la Sentencia SU-913 de 2009 (pág. 145), la cual indica: “CONCURSO DE MERITOS-Quien se encuentre en lista de elegibles tiene un derecho adquirido que debe ser respetado LISTA DE ELEGIBLES-Acto administrativo mediante el cual el participante adquiere un derecho particular y concreto Cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman. (...) Pág. 145 de la Sentencia: En el caso en estudio la lista de elegibles, en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58 Superior, en cuyos términos “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores(...)”. A partir de dicho mandato, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos subjetivos que han entrado al patrimonio de la persona no pueden ser desconocidos por la ley, salvo que ello sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado9. (...) Cabe agregar que, en todo caso, la consolidación del derecho que otorga el haber sido incluido en una lista de elegibles, se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer. Por su parte, la estabilidad de la lista de elegibles en tanto acto administrativo particular y concreto se obtiene una vez este haya sido notificado al destinatario y se encuentre en firme con carácter ejecutivo y ejecutorio – Artículo 309 del CPACA.-, caso en el cual no podrá ser revocado por la Administración sin el consentimiento expreso y escrito del particular -Artículo 93 del C.P.AC.A.- , salvo que se compruebe que el acto ocurrió por medios ilegales o tratándose del silencio administrativo generador de actos fictos en los términos del artículo 86 CPACA. 9 Ver sentencias C-147 de 1997; C-155 de 2007; C-926 de 2000; C-624 de 2008; T494 de 2008. 69 del mismo estatuto sea evidente su oposición a la Constitución Política o a la Ley, contrario al interés público o social o cause agravio injustificado a una persona. (...)” Decimo: Es de vital importancia igualmente recordar que, la firmeza de las listas de elegibles “opera de Es de vital importancia igualmente recordar que, la firmeza de las listas de elegibles “opera de pleno derecho” como lo establece el artículo 8 del Acuerdo 562 de 2016, cuando está ejecutoriada la decisión que resuelve sobre las exclusiones de la lista que puede pedir la entidad. En el presente caso no se presentaron a la CNSC solicitudes de exclusión contra mí en la lista de elegibles por lo tanto dicho acto está ejecutoriado y en firme, de pleno derecho, 28 de abril del 2018. Esto dispone el artículo en mención: “Artículo 87. Firmeza de los actos administrativos. Los actos administrativos quedarán en firme: 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o

publicación según el caso. (...)” DECIMO PRIMERO: Y es que el acceso a la Función Pública es nada más ni nada menos que un derecho fundamental como lo consagra el numeral 7 del artículo 40 de nuestra Constitución Política, el cual es de inmediata aplicación como lo señala el artículo 85 de la misma carta política. DÉCIMO SEGUNDO: Aunado a lo anterior, y conforme el artículo 10 del CPACA -Ley 1437 de 2011- y su lectura condicionada conforme la Sentencia de la Corte Constitucional C-634 de 2011, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF está desconociendo el mandato de actuar conforme las Sentencias de Unificación Jurisprudencial, al desconocer lo dispuesto por la Sentencia de Unificación Jurisprudencial SU-913 de 2009 de la CORTE CONSTITUCIONAL, según la cual, las personas que nos encontramos para proveer un cargo en una lista de elegibles en firme, tenemos un verdadero derecho configurado de acceder al cargo el cual ganamos por mérito, lo cual no puede ser desconocido por el Estado. DECIMO TERCERO: Si bien es cierto El Instituto colombiano de bienestar familiar icbf actúa amparado en la Resolución No CNS0201822301 56785 del 22 de noviembre de 2018 que expidió la CNSC, También lo es que Al haber optado por darle aplicación a la resolución antes mencionada está desconociendo lo establecido por la corte constitucional LA CORTE CONSTITUCIONAL en la Sentencia C-377/04 Que establece Lo concerniente a la prohibición de la retroactividad de la ley “LEY-Efectos en el tiempo Al referirse a los efectos de la ley en el tiempo, la Corte Constitucional señaló que en principio, toda disposición legal surte sus efectos atribuyendo consecuencias normativas a aquellas situaciones de hecho que cumplan dos condiciones: 1) que sean subsumibles dentro de sus supuestos, y 2) que ocurran durante la vigencia de la ley. Esto es, como regla general las normas jurídicas rigen en relación con los hechos que tengan ocurrencia durante su vigencia, lo cual significa que, en principio, no se aplican a situaciones que se hayan consolidado con anterioridad a la fecha en que hayan empezado a regir –no tienen efectos retroactivos-, ni pueden aplicarse para gobernar acontecimientos que sean posteriores a su vigencia –no tienen efecto ultraactivo-. LEY-Carácter excepcional de retroactividad y ultraactividad La retroactividad y la ultraactividad de la ley tienen carácter excepcional y deben estar expresamente previstas en el ordenamiento. En ese contexto, retroactividad y ultraactividad son fenómenos simétricos, aunque de sentido contrario, en la medida en que se refieren a la aplicación de una ley para regular situaciones de hecho que han tenido ocurrencia por fuera del ámbito temporal de su vigencia. Esto dado a que la Resolución N O CNSC-20182230043485 del 27-04-2018, con la que se conformó la lista de elegibles, quedando la suscrita en el Segundo lugar y conforme el artículo 64 del Acuerdo 2016 1000001376 de 2016 tiene una vigencia de dos años y quedo en firme el 28 de abril del 2018, adquirio Todos los efectos legales con anterioridad a la promulgación y entrada en vigencia de la resolución aplicada por el instituto colombiano de bienestar familiar icbf DECIMO CUARTO: Finalmente, Debo manifestar que, en virtud de la Confianza Legítima generada por mi Lista de Elegibles, realice gastos, para inscribirme y presentar las pruebas de la . convocado por la CNCC en la convocatoria 433 del 2016, a, las cuales aprobé, una vez la lista quedó en firme, procedí a renunciar a todos y cada uno de los procesos administrativos y laborales que llevaba en curso, razón por la cual se generaron deudas y una expectativa que cada día me genera angustia y frustración profesional y personal. Colombia es un estado Social de Derecho, esto significa que la sociedad reconoce en el Estado y sus instituciones una legitimidad, lo que permite la regulación de las interacciones en todos los ámbitos de la vida, en contraprestación la sociedad y sus integrantes confían en el buen actuar del Estado, esto es conocido como el principio de la Confianza Legítima. La Corte Constitucional en sentencia C-131 de 2004 estableció: “(...) PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA-Concepto En esencia, la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso

ilegales, salvo interés público imperioso contrario. Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación. (...)” Dado lo anterior es claro que la entidad, al no nombrarme dentro del tiempo dado por la norma, en el cargo para el cual yo concurre para acceder a un cargo en carrera administrativa, transgrede ese principio de confianza legítima. También debe tenerse en cuenta que los Actos administrativos expedidos por la autoridad competente gozan de la presunción de legalidad, presunción esta, que es de derecho, dicho lo anterior el no cumplir con lo ordenado en el mencionado acto administrativo “lista de elegibles” expedido de manera legal, implica una actuación arbitraria, sin fundamento legal cierto y existente, basado en meras suposiciones, usurpando una situación jurídica y participación de una medida cautelar de la cual no son objeto sus actuaciones, según refiere auto interlocutorio O-294-2018 de fecha 6 de septiembre de 2018, notificado por estado el 10/09/2018, del Consejo de Estado que resolvió aclaración solicitada por la Comisión Nacional de Servicio Civil respecto a la medida cautelar de suspensión provisional, desconociendo el accionado, no solo los derechos adquiridos, otorgados por medio de este, sino el derecho fundamental al debido proceso establecido en la constitución, la ley, la Jurisprudencia y el acuerdo de convocatoria. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA PROTECCIÓN DE PERSONAS PARA PROVEER UN CARGO EN LISTA DE ELEGIBLES EN FIRME POR CONCURSO DE MÉRITOS, SEGÚN LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Según lo ha señalado la línea jurisprudencial actual de la CORTE CONSTITUCIONAL (incluso la reciente de la Sentencia T-133 de 2016, ya vigente el CPACA -Ley 1437 de 2011-), la Acción de Tutela resulta procedente para la protección de los derechos fundamentales de aquellas personas que nos encontramos para proveer un cargo de carrera dentro de una Lista de Elegibles de Concurso de Méritos que tenga firmeza, habiendo o no pronunciamiento administrativo, y no la vía ordinaria del Contencioso Administrativo. Esto señala la Sentencia T-133 de 2016 citada: “ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO-Mecanismo idóneo para la protección derechos fundamentales de concursante que ocupó el primer lugar en concurso de méritos, pero no fue nombrado en el cargo público La tutela resulta procedente para restablecer los derechos superiores afectados con el acto que deniegue la designación de quien ocupó el primer lugar en un concurso de méritos o en la lista de elegibles correspondiente.”

CONTESTACIONES ENTIDAD ACCIONADA Y VINCULADAS

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)

En la respuesta que da la Comisión del Servicio Civil, entidad vinculada, manifiesta como argumentos relevantes, que desconoce las actuaciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en cuanto a nombramientos de concursantes, entidad que debe hacer dichos nombramientos.

Afirma la citada entidad que tenía conocimiento que, para el cargo relacionado en la presente acción de tutela, estaba en disponibilidad una sola vacante en la cual fue designado un concursante que ocupó el primer puesto, a juicio de la entidad ya no sería factible el nombramiento y desconoce si se presentan otras vacantes para dicho cargo. Solicita desvinculación de esta acción constitucional.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA

Manifiesta que es improcedente la acción constitucional por cuanto hay otros medios para realizar dichas reclamaciones y no se acredita perjuicio irremediable de manera concreta, y se desvincule a dicha entidad por cuanto no es de su fuero a proceder a nombramientos, le corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

EI INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

Manifestó que la tutela interpuesta por la accionante se torna improcedente, toda vez se muestra intrascendente ius fundamental del asunto, carente de subsidiaridad y perjuicio irremediable.

Lo anterior señala la entidad accionada porque ya se publicó la lista de elegibles en el 17 de mayo de 2018, adquirió firmeza, para una vacante y se designó a quien ocupó el primer puesto en la lista, la accionante ocupó la posición segunda.

Que el cuestionamiento que se hace por parte de la actora es sobre la no aplicación del numeral 6 de la ley 1960 de 2019, que regula cargos a proveer por fuera de la convocatoria la cual ya quedó agotada por existir una vacante para el cargo en el cual concursó la accionante y ya se nombró al primero que ocupó dicho listado de elegibles. Que la aplicación de la ley en cita requiere del cumplimiento de actos complejos y apropiaciones presupuestales, actuaciones coordinadas del ICBF con la Comisión Nacional del Servicio Civil. Las cuales se vienen implementando a partir de enero de 2020. Dentro de la contestación advierte que la ley 1960 de 2019 creó la posibilidad de ascenso para los empleados de carrera por lo cual se dispondrá del 30 por ciento de dichas vacantes y el resto se podrá ofertar, que todo es un proceso de actuaciones administrativas y financieras las cuales se han venido adelantando desde enero de la presente anualidad, sin que hasta el momento exista nueva lista de elegibles aprobada por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Solicita se declare la improcedencia de la presente acción constitucional.

Allega derecho de petición que ha realizado la señora accionante, el cual fue contestado en su debida oportunidad.

CONSIDERACIONES

A. Competencia.

1. Competencia

Atendiendo a lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Nacional, y el Decreto 2591 de 1991, esta Judicatura es competente para resolver la acción impetrada.

2. Naturaleza jurídica de la Acción de Tutela

Bajo el marco Constitucional de 1991, se estableció la acción de tutela como un mecanismo jurídico creado para proteger las garantías fundamentales de las personas en eventos donde se distingue su agresión o amenaza por acción u omisión de una autoridad pública y ocasionalmente de un particular. Como consecuencia de lo anterior, en caso de que el juez constitucional encuentre amenazado o vulnerado algún derecho

fundamental, debe entrar a protegerlos, y en esta medida ordenar las actuaciones correspondientes para la salvaguarda de los mismos; por lo tanto, si el juez observa que la situación que puso en riesgo los derechos fundamentales del accionante ha cesado o fue corregida, no existe razón alguna para un pronunciamiento de fondo. Lo mismo ocurre cuando se trata de una acción improcedente; ya que la aplicación y procedencia del amparo constitucional, se deriva de su naturaleza misma, a la luz de que tanto el artículo 86 de la Constitución Política como el decreto 2591 de 1992¹, le otorgan el carácter de subsidiaria o residual.

El Decreto 2591 de 1991 se ocupa de reglamentar la acción de tutela y supedita su procedencia a (i) que se encuentre vulnerado o amenazado un derecho de rango fundamental, (ii) que no exista otro mecanismo de defensa judicial, a menos, claro está, que se trate de evitar un perjuicio con viso de irremediable. Así es que esta acción es excepcional a los trámites judiciales, no es paralela, ni alternativa a ellos, cuando la situación de urgencia no determina la permanencia de la conculcación que derive perjuicio irredimible.

B. Problema jurídico.

¿El **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar** ha vulnerado los derechos fundamentales imprecados por la accionante de la presente acción constitucional, por cuanto no se ha procedido a su nombramiento y posesión, en aplicación de la Ley 1960 de 2019, con relación a conformar nueva lista de elegibles, a efectos de proveer las vacantes correspondientes a los cargos de profesional especializado código 2044 grado 9 , y que no fueron objeto de oferta mediante la convocatoria 433 de 2016, que realizó la **Comisión Nacional del Servicio Civil**?

Pare resolver el problema Jurídico se tiene como presupuestos normativos y presupuestales los siguientes:

El contenido del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, que modificó el numeral 4 del precitado artículo 31 de la Ley 909 de 2004, que ahora se lee:

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

“Artículo 31. El Proceso de Selección comprende:

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

“La Ley 1960 de 2019, que introdujo un cambio de postura en relación con la utilización de las listas de elegibles, a efectos de proveer las plazas vacantes en las

¹ Artículo 6 – Decreto 2591 de 1992

entidades públicas, que pertenecen al régimen general de carrera administrativa.

SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEY 1960 DE 1960, el Tribunal Administrativo de Nariño en Sentencia de Tutela 2020-0032 de fecha 13 de abril de 2020, en un caso similar sobre este concurso adelantado por el ICBF se pronunció de la siguiente manera:

“El objeto del disenso de los recurrentes recae, principalmente, en el ámbito temporal de aplicación de la Ley 1960 de 2019, como quiera que esta normativa impone que se usen las listas de elegibles que se encuentren vigentes, para proveer todas las vacantes definitivas de un determinado cargo en el empleo público, sin que tenga relevancia si ellas se ofertaron a través de la convocatoria con la cual se conformó dicha lista, o no.

Es decir, y en punto de identificar si existe la vulneración a la que se refiere la demanda es menester identificar si se puede aplicar la referida ley, a vacantes que se presentaron con posterioridad, conforme a las pautas jurisprudenciales que la misma H. Corte Constitucional ha definido, en relación con la prohibición de utilizar la ley en forma retroactiva, o la de aplicar en forma retrospectiva, o atractiva, una norma jurídica.

Con relación a la irretroactividad de la ley y los criterios de aplicación de la ley en el tiempo, esta alta Corte² ha sustentado:

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

*Las leyes, al no tener efecto retroactivo, no pueden influir sobre actos anteriores a su vigencia, **ni sobre derechos precedentemente adquiridos**. En esa medida, los jueces tienen la prohibición de, motu proprio, aplicar retroactivamente una norma a un caso que se fundamenta en hechos previos a la entrada en vigencia de ésta. En este sentido se debe recalcar que **no hay retroactividad implícita, por cuanto la regla general es la irretroactividad y sólo se le otorga efecto retroactivo si el legislador lo ha manifestado en forma expresa en caso de orden público, o de leyes interpretativas o penales benignas al reo, es decir, en los casos constitucionalmente permitidos**³.*

La regla del efecto general inmediato puede variar cuando el legislador expresamente disponga la entrada en vigencia de la nueva ley posterior a la expedición de ésta. Se presenta en este caso el efecto atractivo en la aplicación de la norma anterior. En este orden de cosas, por el lapso dispuesto por el legislador, la ley que se deroga o modifica seguirá siendo aplicable.

(...) La prohibición general de la aplicación retroactiva de una norma puede verse relacionada con el desconocimiento de la ultractividad expresamente señalada en la ley. En efecto, en caso de que, con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma, según el plazo señalado por el legislador, se juzguen hechos sucedidos antes de tal entrada en vigencia, se estará dando aplicación retroactiva a la norma que estando vigente al momento del juicio no lo estuvo en el tiempo de la realización de

² Corte Constitucional Sentencia SU881/05

³ NOGUERA Laborde, Rodrigo, *Introducción General al Derecho Vol. II*, Serie Mayor -6, Institución Universitaria Sergio Arboleda, Bogotá 1996, pp. 161 y 162

los hechos juzgados. En este caso, dos faltas se conjugan en el juez que aplique de tal manera la norma: la aplicación retroactiva de una norma –no siendo ésta la regla general- y el desconocimiento de la ultractividad expresamente señalada.

(...) Por otra parte, la ley puede ser aplicada con efectos **retrospectivos**. En este caso, la nueva ley se aplica a las consecuencias de un hecho ocurrido bajo el imperio de la ley precedente. Esta figura se diferencia de la retroactividad en el hecho de que la nueva ley entra a regir las consecuencias nuevas de un hecho antiguo. Es decir, los efectos realizados hasta la iniciación de la vigencia de la nueva ley se rigen por la ley antigua y la ley nueva entra a regir los efectos posteriores. La finalidad de la consagración de la retrospectividad es evitar que se perpetúe la configuración de injusticias sociales (...) so pretexto de que empezaron a consolidarse en el pasado o tienen su origen en un hecho pasado y, por tanto, no se podría aplicar retroactivamente la ley.

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

Observe el lector que hablamos de realización del supuesto y nacimiento de las consecuencias normativas, no de ejercicio de éstas. Los derechos y deberes expresados por la disposición de la ley nacen en el momento en que el supuesto se realiza, aun cuando sean posteriormente ejercitados y cumplidos o no lleguen nunca a ejercitarse ni a cumplirse. Habrá que tomar también en cuenta la posibilidad de que las obligaciones derivadas de la realización de un supuesto no sean exigibles desde el momento en que nacen. Incluso en esta hipótesis, tales obligaciones existen, aun cuando su cumplimiento no pueda reclamarse desde luego. Si una ley nueva las suprime o restringe, es necesariamente retroactiva, aun cuando al iniciarse su vigencia no sean exigible todavía."⁴

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

En lo relativo a la aplicación de la ley procedimental se observa, prima facie, el principio del efecto general inmediato. Así las cosas, todos los actos que se juzguen a partir de la vigencia de la ley procesal deberán regirse por la ley nueva, a menos que se trate de una ley procesal sustantiva, caso en el cual debe respetarse el criterio de aplicación de la norma más favorable⁵.

Puede suceder que una ley que es nominalmente procedimental contenga artículos de carácter no procesal, sino sustantivo. En este caso, a las normas

⁴ GARCÍA Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Porrúa, México 2002, pp. 398 a 399

⁵ Ver Sentencia C-251/01, M.P. Carlos Gaviria Díaz

procedimentales se les aplicará el efecto general inmediato, incluso sobre actos previos a la expedición de la ley. **No obstante, las normas sustanciales contenidas en la ley procedimental no podrán cobijar hechos previos a su vigencia, así éstos sean juzgados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley procedimental.** La posibilidad de consagración de normas materialmente sustanciales dentro de leyes nominalmente procedimentales ha sido analizada por esta Corporación en los siguientes términos:

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

Como se observa en el aparte transcrito, la ley procesal nueva no puede desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas al amparo de disposiciones materiales previas, aunque ellas aparezcan consignadas en estatutos procesales. En el mismo orden de cosas, las disposiciones materiales o sustanciales nuevas contenidas en la ley procesal tampoco pueden aplicarse para juzgar actos que hayan acaecido previamente a su entrada en vigencia”.

Y, en jurisprudencia más reciente sobre el tema, la H. Corte Constitucional⁷ dispuso:

“Las normas superiores que refieren explícitamente a los efectos que se derivan por el tránsito de las leyes en el tiempo, son los artículos 58 y 29 de la Constitución. De acuerdo con el primero, “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.” Al tenor del segundo, “[n]adie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.”

Con fundamento en las normas constitucionales transcritas, puede afirmarse que la regla general en relación con los efectos de la ley en el tiempo es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia. De suerte que, si una situación jurídica se ha consolidado completamente bajo la ley antigua, no existe propiamente un conflicto de leyes, como tampoco se da el mismo cuando los hechos

⁶ Ver Sentencia C-619/01, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁷ Corte Constitucional Sentencia C-069/19

o situaciones que deben ser regulados se generan durante la vigencia de la nueva ley.

La necesidad de establecer cuál es el marco normativo que debe regir un determinado asunto, se presenta cuando un hecho tiene nacimiento bajo la ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva, o cuando se realiza un hecho bajo la ley antigua, pero la nueva señala otras condiciones para el reconocimiento de sus efectos. La fórmula que surge del mencionado artículo 58 Superior para solucionar estos conflictos, como ya se dijo, es la de exigir el respeto por el principio de irretroactividad de la ley, pues a través de él se garantiza que se respeten los derechos legítimamente adquiridos bajo la ley anterior, sin perjuicio de que se afecten las meras expectativas. Esta regla opera bajo la excepción expresa que se prevé en el artículo 29 de la Carta, en la que se permite la aplicación retroactiva de las leyes penales que sean favorables para el sindicado o el condenado.

Ahora bien, cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no estén consolidadas ni que hayan dado lugar al surgimiento de derechos adquiridos al momento de entrar en vigencia la nueva ley, esta Corporación ha explicado que ella entra a regular esas situaciones en el estado en que se encuentren, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua. Este fenómeno se conoce con el nombre de retrospectividad.

Precisamente, en la Sentencia T-389 de 2009⁸, este Tribunal puntualizó que, por regla general, el efecto en el tiempo de las normas es el de la aplicación inmediata y hacia el futuro, “pero con retrospectividad, (...) siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal (...)”. De este modo, “aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado, es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma”.

La retrospectividad se ha asociado por la jurisprudencia con la necesidad de lograr la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, en la superación de situaciones marcadamente discriminatorias o lesivas del valor de la justicia o con cambios sociales y culturales que impactan en el marco jurídico vigente. Tal es el caso de lo que ocurre con las normas que rigen el derecho laboral, los créditos de consumo a largo plazo, las tasas de interés y otros en los que las situaciones jurídicas no están consolidadas, sino en curso”.

Con base en los anteriores argumentos, es posible considerar que si bien la modificación al procedimiento de provisión de cargos que se contiene en la citada Ley 1960 de 2019, constituye la entrada en vigencia de una norma de carácter procedimental, lo cierto es que tiene la virtualidad de crear diferentes estatus y derechos con respecto de quienes podrían participar en futuras convocatorias para proveer a través del mérito, vacantes definitivas de cargos públicos.

Entonces, como se trata de una norma que posee un sentido sustantivo en relación con quienes podrían participar en los mencionados procesos de selección, su aplicación se realizará con respeto al carácter consolidado de las situaciones anteriores a su vigencia, en este caso, aquellos que se desprenden de la

⁸ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

convocatoria de 2016. Adicionalmente, porque tal como se encuentra absolutamente decantado, la convocatoria es ley para las partes.

Con lo anterior se hace alusión directa a las listas de elegibles que se encuentran en firme, como en el caso de aquella en la cual hace parte la accionante, sobre la que, en armonía con los parámetros jurisprudenciales que se mencionaron, se debe aplicar el principio de la irretroactividad, ya que lo contrario no se consagró en la misma norma.

Se resalta que, la aplicación de estos parámetros jurisprudenciales se emite en relación con la estabilidad del sistema jurídico, pues, acatar los criterios sobre la aplicabilidad de la ley en el tiempo se entiende como respeto por la seguridad jurídica, que se deriva del principio de legalidad propio de todo estado de derecho.”

Acogiendo el criterio del Tribunal Administrativo de Nariño, sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019 en el tiempo, sin que esto sea objeto de controversia dentro de la presente tutela, teniendo clara su aplicación en el tiempo, y como su efectividad conlleva una serie de actuaciones administrativas y presupuestales que se vienen implementando por el ICBF, dichas actuaciones se vienen adelantando dentro de un término razonable toda vez que se trata de una ley de mediados del año 2019, y el trabajo es interinstitucional estando la CNSC.

De esta manera, en tanto no se demostró que las entidades accionadas hayan incurrido en total ausencia de aplicación de la Ley 1960 de 2019 en el caso de la demandante y de las demás personas que resultaren beneficiadas en la conformación de una nueva lista de elegibles por disposición legal, todo lo contrario el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ha venido implementando su aplicación desde el mes de enero de la presente anualidad, siendo un proceso que no se lo puede consolidar de manera inmediata, donde confluye la participación del CNSC, siendo así, no constituye vulneración alguna de sus derechos fundamentales, la acción se torna improcedente, al no existir lista de elegibles consolidada dentro de la cual se evidencie que la accionante se encuentra incluida para su nombramiento, esto es se requiere una lista de elegibles en firme en aplicación de la ley 1960 de 2019 para que de cabida al nombramiento inmediato de la accionante, siendo expectativas aun su conformación e inclusión.

Por otra parte, cabe advertir que la acción de tutela no está prevista para exigirse la ejecución de una ley, sino para garantizar derechos fundamentales. La acción de cumplimiento en cuanto establece que toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo, establecido en el artículo 87 Constitucional.

De lo anterior se colige que hay otros mecanismos tanto legales como constitucionales para que sean atendidas las reclamaciones de la accionante.

Por último, sobre inmediatez como requisito de procedibilidad de tutela es necesario advertir que la Ley 1960 se emitió el 27 de junio de 2019, la demanda de tutela se presentó el 13 de abril de 2020 por correo electrónico, la accionante elevó derecho de petición para su nombramiento ante el ICBF, el cual fue contestado explicándole las razones y la forma como viene adelantándose el proceso para ser viable la designación o nombramiento cuando se culmine el proceso interadministrativo.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE PASTO, “*administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley*”,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela por las razones vertidas en esta providencia.

SEGUNDO.- NOTIFÍQUESE a las partes que intervienen en el presente asunto, de conformidad con la Ley.

TERCERO.- En acatamiento a lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA20-11532 del 11 de abril de 2020, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, no remitir el expediente de la presente acción de tutela a la *H. Corte Constitucional*, hasta tanto se levante la suspensión de términos de la revisión eventual.

Una vez se levante dicha suspensión de términos se enviará a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MERCEDES VICTORIA ORTIZ NARVAEZ
JUEZA