

Florencia, enero 18 de 2023.

Señor (a):

JUEZ O MAGISTRAD@ DE TUTELA

E.S.D.

REFERENCIA: Acción constitucional de tutela

DERECHOS VULNERADOS: DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO (ART 29 C.P.), IGUALDAD (ART. C.P.), TRABAJO (PREAMBULO CONSTITUCIONAL Y ARTS. 1, 25, 26, y 53 IBIDEM), ACCESO AL EMPLEO PUBLICO POR CONCURSO DE MERITO (ART 40 NUMERAL 7 Y ART 125 C.P.); PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA (ART 29 C.P.).

ACCIONANTE: **MAIRA ALEJANDRA GÓMEZ CRUZ**

ACCIONADOS: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC- Y EL MUNICIPIO DE VALPARAISO-CAQUETÁ.

VINCULADOS: TANIA ALEJANDRA MENESES CUELLAR CC 1.118.072.715 VINCULADA EN PROVISIONALIDAD EN EL CARGO AUXILIAR ADMINISTRATIVO CODIGO 407 GRADO 01 Y EN SU TOTALIDAD LAS PERSONAS QUE CONFORMAN LA LISTA DE ELEGIBLES ADOPTADA MEDIANTE LA RESOLUCIÓN No.16106 DEL 11 DE OCTUBRE DE 2022 DE LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC-

MAIRA ALEJANDRA GÓMEZ CRUZ, mayor de edad, domiciliada en Valparaíso-Caquetá, identificada con la cédula de ciudadanía No.1.006.530.751 expedida en Valparaíso, Caquetá, impetro ACCION CONSTITUCIONAL DE TUTELA en ejercicio de las facultades que me otorga el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentado mediante el Decretos 2591 de 1991 en contra de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC- (en adelante CNSC) Y EL MUNICIPIO DE VALPARAISO-CAQUETÁ, por vulneración a los derechos fundamentales AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO (ART 29 C.P.), IGUALDAD (ART. C.P.), TRABAJO (PREAMBULO CONSTITUCIONAL Y ARTS. 1, 25, 26, y 53 IBIDEM), ACCESO AL EMPLEO PUBLICO POR CONCURSO DE MERITO (ART 40 NUMERAL 7 Y ART 125 C.P.); PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA (ART 29 C.P.).

1.- REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN.

1.1.-Legitimación en la causa por activa. El artículo 1 del Decreto 2591 de 1991 señala que “[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...)”. En el sub-lite impetro de manera personal y en calidad de titular de los derechos fundamentales vulnerados, la presente queja constitucional. En tal sentido, estoy legitimada en la causa para perseguir el amparo de mis propios intereses.

1.2.-Legitimación en la causa por pasiva. Conforme lo dispone el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, el recurso de amparo “*procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas*”, si aquellas causan la vulneración o amenaza de algún derecho fundamental. La jurisprudencia constitucional ha dispuesto que, en este punto, es necesario verificar si las entidades presuntamente trasgresoras de las

prerrogativas de un individuo tienen la *“aptitud legal”* para responder por aquella violación, en caso de que la misma se compruebe en el desarrollo del proceso¹.

Así las cosas, en lo que corresponde al *sub judice*, la CNSC de conformidad con lo previsto en el artículo 130 Superior es la responsable de la administración y vigilancia de la carrera administrativa, exceptuando aquellas que tienen régimen especial. Igualmente de acuerdo al artículo 7° de la Ley 909 de 2004, dicho ente es un órgano *“de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio”*. La CNSC ha participado en la organización, preparación, coordinación y adelantamiento del concurso de Mérito a través del Proceso de Selección No.975 de 2018 –Municipios priorizados para el post conflicto (Municipios 5ª y 6ª categoría), ha emitido conceptos, criterios interpretativos al respecto del modo y mecanismos de utilización de las Listas de Elegibles emanantes de la citada convocatoria, y debe ser partícipe de los procesos de nombramiento de los citados elegibles, ya que, en el caso concreto, el Municipio de Valparaíso-Caquetá, de cara a utilizar la Lista de Elegibles de la **OPEC No. 81995** del Proceso de Selección No.975 de 2018 Municipio de Valparaíso-Caquetá debe solicitar autorización a la CNSC y cumplir con los procedimientos y parámetros internos de la entidad.

El Municipio de Valparaíso-Caquetá, es una entidad territorial, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Por ende, tienen competencia para responder por mis pretensiones. De lo expuesto se concluye que se supera el requisito de legitimación por pasiva.

1.3.-Inmediatez. El artículo 86 de la Constitución dispone que la acción de tutela es un mecanismo a través del cual se busca la protección *inmediata* del derecho fundamental presuntamente conculcado². En mi caso, se cumple con esta exigencia. En efecto, la vulneración de mis derechos fundamentales invocados tiene su génesis a partir del 27 de diciembre de 2022 fecha en la que mediante Oficio con Código 1100-07-01-230 se profirió por parte del señor HARLINZON RAMIREZ ROJAS, Alcalde Municipal respuesta negativa a la petición de la calenda 30 de noviembre de 2022 en el sentido de solicitar a la CNSC el uso de la lista de elegibles adoptada mediante la Resolución No.16106 del 11 de octubre de 2022, para la provisión con mi nombramiento en periodo de prueba en el cargo Auxiliar Administrativa, Código 407; Grado 01.

1.4.-Subsidiariedad. La acción de tutela solo procede si quien acude a ella no cuenta con otro procedimiento judicial en el ordenamiento jurídico que permita la resolución de sus pretensiones. Por supuesto, esta regla tiene por objeto evitar que aquellos mecanismos sean sustituidos *per se* por este medio célere e informal. En tal sentido, en caso de existir un medio judicial principal, el actor tiene la carga de acudir a él toda vez que es necesario preservar las competencias legales asignadas por el legislador a cada jurisdicción³, salvo que se demuestre que el mismo no goza de idoneidad o

¹ Cfr., Sentencia T-207 de 2020. En tal providencia se sostuvo que la aptitud legal *“refleja la calidad subjetiva de la parte demandada en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso, la misma, en principio, no se predica del funcionario que comparece o es citado al proceso, sino de la entidad accionada, quien finalmente será la llamada a responder por la vulneración del derecho fundamental, en caso de que haya lugar a ello”*

² Cfr., Sentencia T-291 de 2017. *“(i) Si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición”*.

³ Cfr. Sentencias T-129 de 2009, T-335 de 2009, SU-339 de 2011, T-664 de 2012 y T-340 de 2020

eficacia, o que se evidencie un perjuicio irremediable en cuya virtud sea necesario un amparo transitorio⁴.

En el presente caso considero que no existe otro mecanismo judicial que permita salvaguardar mis derechos en tanto que si bien es cierto la controversia surge en el marco de un concurso de méritos lo cierto es que no se ha producido por parte del Municipio de Valparaíso, un acto administrativo del cual la suscrita **MAIRA ALEJANDRA GÓMEZ CRUZ**, sea destinataria y del que se pueda afirmar deviene la vulneración de mis derechos, pues *el hecho generador de la vulneración no es una acción propiamente dicha, sino una omisión que ha venido presentándose hasta este momento que instauro la acción de tutela. Esto es, que el Municipio de Valparaíso, no ha realizado los trámites de rigor para hacer uso de la lista de elegibles para proveer las vacantes definitivas que han surgido. La lista de elegibles se encuentra en firme desde el 02 de noviembre de 2022 y la contiene la Resolución No.16106 del 11 de octubre de 2022 de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC-*.

No obstante, si el Honorable Despacho determina que existe otro mecanismo judicial manifiesto desde ya que incoo este mecanismo de amparo para evitar un perjuicio irremediable configurándose la acción de tutela en el único mecanismo idóneo y eficaz como quiera que la espera de una decisión judicial en el marco de un proceso ordinario implicaría que no se diera prevalencia al principio del mérito, eje fundamental del Estado Social de Derecho, en tanto que la decisión en firme ocurrirá cuando se surtan las dos instancias y ya para esa época la lista de elegibles estará vencida habida cuenta que su vigor es de dos años, entonces, al decretarse la improcedencia la suscrita accionante no tendría ningún mecanismo para reclamar el acceso a la función pública, excluyendo se insiste la verificación de mérito como principio fundante del Estado Colombiano.

Al respecto esto dijo la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-340 de 2020, manifestó:

(...)

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

(...)

2.-FUNDAMENTOS FÁCTICOS

2.1.-La Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante CNSC), mediante Acuerdo No. 20181000009016 del 19 de diciembre de 2018, convocó a concurso público de méritos para proveer definitivamente empleos de carrera administrativa ofertados por la ALCALDÍA DE VALPARAÍSO- CAQUETÁ, PROCESO DE SELECCIÓN NO. 975 DE 2018 - MUNICIPIOS PRIORIZADOS PARA EL POST CONFLICTO (MUNICIPIOS DE 5ª Y 6ª CATEGORÍA).

⁴ Cfr. Sentencia T- 453 de 2009.

2.2.-Me inscribí a la citada convocatoria, para optar por una de las cinco (5) vacantes ofertadas del empleo denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO, Código 407, Grado 1, identificado con el Código OPEC No. 81995, del Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la ALCALDÍA DE VALPARAÍSO – CAQUETÁ.

2.3.-Cumplí con todos los requisitos necesarios para formalizar mi inscripción, realicé y superé todas y cada una de las pruebas, valoración de antecedentes que formaban parte del proceso, por lo que logré alcanzar el puesto 6 en la lista de elegibles proferida por Resolución 16106 del 11 de octubre de 2022, ahora el primer lugar por la recomposición automática de la lista, habiéndose efectuado el nombramiento de los cinco elegibles que me antecedieron. La referida lista de elegibles cobró firmeza a partir del 02 de noviembre de 2022 y tiene una vigencia de dos (02) años.

2.4.- Como se observa en la lista de elegibles proferida por Resolución 16106 del 11 de octubre de 2022, el Municipio de Valparaíso en el Proceso de Selección No.975 de 2018 convocó cinco (05) vacantes del empleo denominado AUXILIAR ADMINISTRATIVO, Código 407, Grado 1, identificado con el Código OPEC No. 81995.

2.5.-Posterior al Proceso de Selección No.975 de 2018, el Municipio de Valparaíso creó un (1) cargo denominado: *Auxiliar Administrativa Código 407 Grado 01*, así lo refiere el Oficio adjunto de fecha diciembre de 2022, firmado por el señor HARLINZON RAMIREZ ROJAS, alcalde del Municipio de Valparaíso, a través del cual emití respuesta a mi solicitud calendada noviembre 30 de 2022 (...) *Encuentra entonces a lugar este despacho que efectivamente con posterioridad al proceso de selección No. 975 de 2018 surgió la vacante Auxiliar Administrativa Código 407 Grado 01. (...)*

2.6.- El día 27 de junio de 2019, el Congreso de Colombia expidió la Ley 1960 "Por la cual se modifican la ley 909 de 2004, el Decreto-Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones".

Esta Ley, en sus artículos finales establece:

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

"Artículo 31. El Proceso de Selección comprende:

1. (...)

2. (...)

3. (...)

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

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

2.7.- Con relación al artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, es dable mencionar que la Honorable Corte Constitucional profirió la sentencia **T-340 de 2020** (M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ), la cual versa respecto de un

caso en contra de ICBF y CNSC, donde se tuteló los derechos fundamentales del elegible que fungió como accionante y se ordenó el uso de su lista de elegibles para la provisión de la vacante surgida con posterioridad correspondiente al Código, Grado y Perfil a la cual dicho ciudadano se postuló.

Lo relevante de este fallo constitucional es lo siguiente:

a. Problema jurídico

(...) la Corte debe determinar si se configura una vulneración de los derechos del accionante al trabajo y al acceso y ejercicio de cargos públicos, como consecuencia de la decisión del ICBF de no acudir a la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 20182230073845 del 18 de julio de 2018 para ocupar la vacante de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en el centro zonal de San Gil, que se generó con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016.

b. Ley 1960 de 2019 y su aplicación en el tiempo:

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

3.6.1. El 27 de junio de 2019, el Congreso de la República expidió la Ley 1960 de 2019, "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones". En ella se alteraron figuras como el encargo, se dispuso la profesionalización del servicio público, se reguló la movilidad horizontal en el servicio público y, en particular, respecto de los concursos de méritos, se hicieron dos cambios a la Ley 909 de 2004. El primero de ellos consistió en la creación de los concursos de ascenso, para permitir la movilidad a cargos superiores de funcionarios de carrera dentro de la entidad, así, en la referida ley, se establecieron unas reglas puntuales para la procedencia de estos concursos y se dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los seis meses siguientes contados a partir de su expedición, debía determinar el procedimiento para que las entidades y organismos reportaran la OPEC, para viabilizar el referido concurso.

El segundo cambio consistió en la modificación del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en el sentido de establecer que, como se mencionó con anterioridad, con las listas de elegibles vigentes se cubrirían no solo las vacantes para las cuales se realizó el concurso, sino también aquellas "vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad". Por último, la normativa en comento dispuso que su vigencia se daría a partir de la fecha de publicación.

Como se aprecia, el cambio incluido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, comporta una variación en las reglas de los concursos de méritos, particularmente en relación con la utilización de las listas de elegibles. Así, la normativa anterior y la jurisprudencia de esta Corporación sobre el tema, partían de la premisa de que la norma establecía que las listas de elegibles únicamente podrían usarse para los cargos convocados y no otros, a pesar de

que con posterioridad a la convocatoria se generaran nuevas vacantes definitivas. Con ocasión de la referida modificación, esta Sala deberá definir la aplicación en el tiempo de dicha norma, comoquiera que, su uso, en el caso concreto, prima facie, proveería un resultado distinto de aquel que podía darse antes de su expedición, no solo debido al cambio normativo, sino también a la consecuente inaplicabilidad del precedente señalado de la Corte respecto del uso de la lista de elegibles, ya que la normativa en la cual se insertaron esos pronunciamientos varió sustancialmente.

3.6.2. Previo a realizar este análisis, es preciso recordar que en otras ocasiones el legislador ha establecido, para casos concretos, que las listas de elegibles deben ser usadas para proveer los cargos convocados, así como aquellas vacantes de grado igual, correspondientes a la misma denominación. Este es el caso de la Ley 201 de 1995⁵, que, para el caso de la Defensoría del Pueblo, estableció la aplicabilidad de dicha regla. Esta ley fue demandada en ejercicio de la acción pública de constitucionalidad y en la Sentencia C-319 de 2010⁶ se decidió su exequibilidad⁷. Uno de los argumentos que explican la validez de la referida norma es que con ella se logran los principios de la función pública, particularmente los de economía, eficiencia y eficacia, en tanto permite hacer más eficiente el uso del talento humano y de los recursos públicos, ambos escasos para el caso de la Defensoría del Pueblo. Es innegable que la obligación de uso de listas de elegibles vigentes para proveer cargos de igual denominación pero no convocados, en el contexto expuesto, busca garantizar el mérito como criterio exclusivo de acceso a cargos públicos, ya que únicamente se podrá nombrar en las vacantes a las personas que hayan superado todas las etapas de la convocatoria y, además, sean los siguientes en orden de la lista, después de haberse nombrado a las personas que ocuparon los primeros lugares para proveer los cargos ofertados. Adicionalmente, ello permite un uso eficiente de los recursos públicos y del recurso humano, con lo cual se garantiza la plena vigencia los principios que rigen la función administrativa.

3.6.3. Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 6 la Ley 1960 de 2019 a las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil y a aquellas que se expidan dentro de los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, sea lo primero advertir que, por regla general, esta disposición surte efectos sobre situaciones que acontecen con posterioridad a su vigencia. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce circunstancias que, por vía de excepción, pueden variar esta regla general dando lugar a una aplicación retroactiva, ultractiva o retrospectiva de la norma, por lo que se deberá definir si hay lugar a la aplicación de alguno de dichos fenómenos, respecto de la mencionada ley.

El primero de estos fenómenos, esto es, la retroactividad, se configura cuando la norma expresamente permite su aplicación a situaciones de hecho ya

⁵ "Por la cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, y se dictan otras disposiciones"

⁶ M.P. Humberto Sierra Porto.

⁷ En esta providencia se decidió declarar inexecutable únicamente la expresión "inferior", que permitía que las listas de elegibles también fueran usadas para proveer cargos de este tipo.

consolidadas. Por regla general está prohibido que una ley regule situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, en respeto de los principios de seguridad jurídica y buena fe⁸, así como del derecho de propiedad.

Por otro lado, el fenómeno de la *ultractividad* consiste en que una norma sigue produciendo efectos jurídicos después de su derogatoria, es decir “se emplea la regla anterior para la protección de derechos adquiridos y expectativas legítimas de quienes desempeñaron ciertas conductas durante la vigencia de la norma derogada, no obstante existir una nueva que debería regir las situaciones que se configuren durante su período de eficacia por el principio de aplicación inmediata anteriormente expuesto”⁹.

Ninguno de los anteriores efectos de la ley en el tiempo se aplica en el caso sub-judice. El último fenómeno, que por sus características es el que podría ser utilizado en el caso concreto, es el de la **retrospectividad**, que ocurre cuando se aplica una norma a una situación de hecho que ocurrió con anterioridad a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidó la situación jurídica que de ella se deriva, “pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva”¹⁰. Este fenómeno se presenta cuando la norma regula situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia.

Para el caso de la modificación introducida al artículo 31 de la Ley 909 de 2004 por la Ley 1960 de 2019, se tiene que la situación de hecho respecto de la cual cabe hacer el análisis para determinar si hay o no una situación jurídica consolidada es la inclusión en la lista de elegibles. De esta forma, deberá diferenciarse, por un lado, la situación de quienes ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas y que, en virtud de ello tienen derecho a ser nombrados en los cargos convocados y, por el otro, la situación de aquellas personas que, estando en la lista de elegibles, su lugar en ellas excedía el número de plazas convocadas.

Como fue planteado en el capítulo anterior, la consolidación del derecho de quienes conforman una lista de elegibles “se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer”¹¹. Así las cosas, las personas que ocuparon los lugares equivalentes al número de vacantes convocadas tienen **un derecho subjetivo** y adquirido a ser nombrados en período de prueba en el cargo para el cual concursaron, de suerte que respecto de ellos existe una situación jurídica consolidada que impide la aplicación de una nueva ley que afecte o altere dicha condición. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de quienes ocuparon un lugar en la lista que excedía el número de vacantes a proveer, por cuanto estos aspirantes únicamente tienen una expectativa de ser nombrados, cuando

⁸ Ver, Sentencia 402 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz y Sentencia T-389 de 2009, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁹ Sentencia T- 525 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

¹⁰ Sentencia T-564 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹¹ Sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

quiera que, quienes los antecedan en la lista, se encuentren en alguna de las causales de retiro contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004¹².

Para la Sala, el cambio normativo surgido con ocasión de la expedición de la Ley 1960 de 2019, regula la situación jurídica no consolidada de las personas que ocupaban un lugar en una lista de elegibles vigente que excedía el número de vacantes ofertadas, por lo que las entidades u organismos que llevaron a cabo los concursos deberán hacer uso de estas, en estricto orden de méritos, para cubrir las vacantes definitivas en los términos expuestos en la referida ley. Lo anterior no implica que automáticamente se cree el derecho de quienes hacen parte de una lista de elegibles a ser nombrados, pues el ICBF y la CNSC deberán verificar, entre otras, que se den los supuestos que permiten el uso de una determinada lista de elegibles, esto es, el número de vacantes a proveer y el lugar ocupado en ella, además de que la entidad nominadora deberá adelantar los trámites administrativos, presupuestales y financieros a que haya lugar para su uso.

Por último, se aclara que en este caso no se está haciendo una aplicación retroactiva de la norma respecto de los potenciales aspirantes que podrían presentarse a los concursos públicos de méritos para acceder a los cargos que ahora serán provistos con las listas de elegibles vigentes en aplicación de la nueva ley. En efecto, tanto la situación de quienes tienen derechos adquiridos como de quienes aún no han consolidado derecho alguno, están reservadas para las personas que conformaron las listas de elegibles vigentes al momento de expedición de la ley, de manera que el resto de la sociedad está sujeta a los cambios que pueda introducir la ley en cualquier tiempo, por cuanto, en esas personas indeterminadas no existe una situación jurídica consolidada ni en curso.

3.6.4. Respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para del uso de las listas de elegibles expedidas con anterioridad al 27 de junio del año en cita, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió un criterio unificado el 1° de agosto de 2019, en el que, de manera enfática, estableció que la modificación establecida en dicha ley únicamente sería aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados después de su entrada en vigencia. No obstante,

¹² La norma en cita dispone que: "**ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio.** El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; // b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa; (...) d) Por renuncia regularmente aceptada; // e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez [Declarado EXEQUIBLE por la Corte en Sentencia C-501 de 2005, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.] // f) Por invalidez absoluta; // g) Por edad de retiro forzoso; // h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario; // i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo [Declarado EXEQUIBLE por la Corte en Sentencia C-1189 de 2005, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.] // j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen; // k) Por orden o decisión judicial; // l) Por supresión del empleo; // m) Por muerte; // n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes."

posteriormente, el pasado 20 de enero, la misma Comisión dejó sin efectos el primer criterio y estableció que “las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, **deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera –OPEC– de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad** y que correspondan a los **"mismos empleos"**, entendiéndose con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósitos, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.”¹³.

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

2.8-. A raíz de la vigencia del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, la Sala Plena de la CNSC, aprobó el Criterio Unificado **“USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019”**, del 16 de enero de 2020, donde estableció lo siguiente:

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

2.9.-Con lo anterior, la CNSC profirió la Circular Externa 001 de 2020, donde dio instrucciones a los Representantes Legales y Jefes de Unidades de Personal de las entidades del Sistema General de Carrera Administrativa de los Sistemas Específicos y Especiales de Creación Legal que cuenten con listas de elegibles vigentes, para la aplicación del Criterio Unificado “Uso de Listas de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”, en procesos de selección que cuentan con listas de elegibles vigentes., donde estableció:

¹³ Énfasis por fuera del texto original, Consultado en: <https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos>.

De conformidad con el Criterio Unificado *"Uso de Listas de Elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019"*¹, el cual establece que las listas de elegibles conformadas por esta Comisión Nacional y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera (OPEC) de la respectiva convocatoria y **para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad** y que corresponden a los **"mismos empleos"**² ofertados.

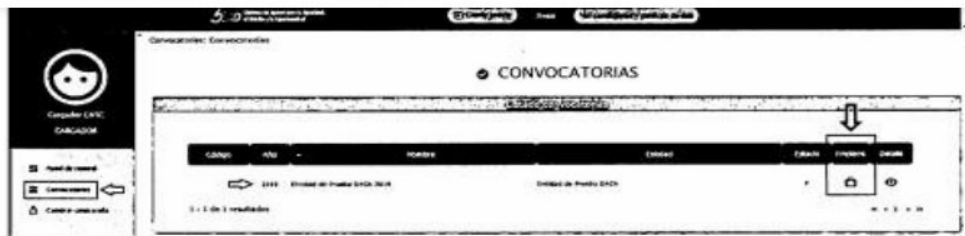
La CNSC en ejercicio de las competencias atribuidas en los literales a) y h) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, con el propósito de garantizar y proteger el sistema de mérito en el empleo público, procede a impartir los siguientes lineamientos, en lo relacionado al reporte de las nuevas vacantes que corresponden a los mismos empleos, para lo cual las entidades deberán:

1. Solicitar apertura de la etapa OPEC en el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad (SIMO)³.

El Jefe de la Unidad de Personal, o quien haga sus veces, deberá solicitar al Gerente del respectivo proceso de selección, la habilitación de la etapa OPEC en SIMO con el fin de adicionar la información de la nueva vacante definitiva.

2. Crear el nuevo registro de vacante.

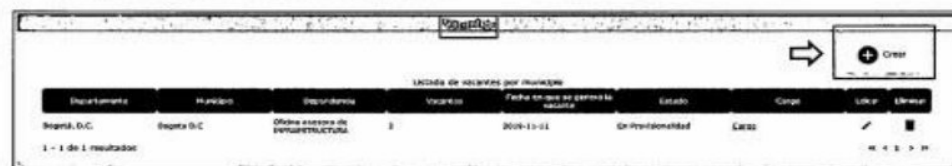
El servidor responsable del rol "cargador" de la entidad, deberá ingresar con su usuario y contraseña a SIMO, al módulo "Convocatoria", seleccionar el proceso de selección correspondiente y dar clic en la opción "Empleos".



Posteriormente deberá ubicar el número OPEC en el cual se adicionará la vacante y seleccionar la opción "Ver empleo".



Al ingresar, ubicar la sección "Vacantes" y seleccionar el botón "Crear" para adicionar la nueva vacante que corresponde al mismo empleo.



Se generará automáticamente la ventana emergente "Vacantes" donde se deberá registrar la información relacionada a "Estado", "Departamento", "Municipio", "Dependencia" "Fecha en la que se generó la vacante" y "Número de vacantes".

Vacantes

Campos requeridos

Estado * Seleccione el Estado

Departamento * Seleccione el Departamento

Municipio * Seleccione el Municipio

Dependencia * Seleccione la dependencia

Fecha en que se generó la VACANTE * dd/MM/yyyy

Número vacantes *

Aceptar Cancelar

Si las fechas de generación de las nuevas vacantes son diferentes, deberá realizar un registro en el botón "Crear" por cada una de ellas.

Se precisa que la información relacionada al departamento, municipio y dependencia de la o las vacantes por adicionar, debe ser la misma a la reportada en el proceso de selección que cuenta con listas de elegibles vigentes.

Si la vacante se encuentra provista transitoriamente, en encargo o provisionalidad, adicionalmente deberá incluir la información de los servidores que tengan esta condición, seleccionando el enlace "cargo".

Vacantes

Tabla de vacantes por municipio

Estado	Departamento	Municipio	Dependencia	Fecha en que se generó la VACANTE	Número vacantes	Acciones
Estado	Departamento	Municipio	Dependencia	Fecha en que se generó la VACANTE	Número vacantes	Crear Editar Eliminar
Estado	Departamento	Municipio	Dependencia	Fecha en que se generó la VACANTE	Número vacantes	Crear Editar Eliminar

Para registrar la información correspondiente en la ventana "Información Complementaria Vacante" deberá seleccionar el icono "Crear".

Información Complementaria Vacante

Formulario de registro de información complementaria para una vacante.

Nombre de la VACANTE: []

Dependencia: []

Municipio: []

Departamento: []

Estado: []

Fecha en que se generó la VACANTE: []

Número vacantes: []

Crear

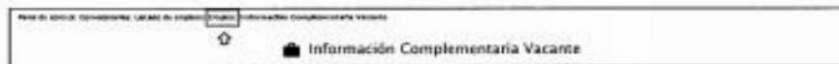
En la ventana emergente denominada "Detalle" diligenciar el nombre, apellido, tipo y número de identificación, género, fecha de nacimiento y en el campo "Condición especial" deberá seleccionar la opción "No aplica".



The screenshot shows a mobile application form titled "Detalle" with the following fields: "Nombre" (text input), "Apellido" (text input), "Tipo de identificación" (text input), "Identificación" (text input), "Género" (radio buttons for "Masculino" and "Femenino"), "Fecha de nacimiento" (date picker), and "Condición especial" (dropdown menu). At the bottom, there are two buttons: "Aceptar" and "Cancelar".

A continuación, debe dar clic en el botón "Aceptar" con lo cual finalizará el proceso de actualización.

Una vez registrada la información, deberá dar clic en el botón "Empleo" ubicado en la barra superior de la ventana.



Posterior a ello, en la sección "Información del empleo" deberá dar clic en el botón "Confirmar Reporte OPEC", con el fin de generar la certificación del empleo reportado.



The screenshot shows a mobile application form titled "Empleo" with a table of data. The table has columns for "Nombre", "Apellido", "Tipo de identificación", and "Identificación". Below the table, there are several text input fields and a "Confirmar Reporte OPEC" button. At the bottom, there are three buttons: "Volver", "Empleo", and "Cancelar".

La certificación podrá ser consultada en el módulo "Convocatorias", pantalla "Listado de empleos", sección "Descripción" seleccionando en botón "Reporte OPEC".



3. Solicitar uso de listas de elegibles.

El Jefe de la Unidad de Personal o quien haga sus veces, deberá solicitar a esta Comisión Nacional la autorización para el uso de las listas de elegibles, con el propósito de cubrir las nuevas vacantes definitivas que corresponden a los **"mismos empleos"** identificados con un número OPEC.

Las solicitudes para el uso de listas deberán ser remitidas a través de la ventanilla única de la CNSC, ingresando a la página web <https://www.cnsc.gov.co/> enlace "Ingrese a la Ventanilla Única de la CNSC" o "PQRS".



En la opción "Ventanilla Única", pestaña "Tipo solicitud" seleccionar la opción "Petición" y posteriormente "Listas de Elegibles"; allí se deberá ingresar los demás datos que solicita el aplicativo y por último adjuntar la solicitud de la autorización de las listas de elegibles, junto con el certificado del empleo al cual se le adicionó la nueva vacante.

Finalmente se recuerda que tanto el Representante Legal de la entidad y el Jefe de la Unidad de Personal o quien haga sus veces, serán los responsables del reporte de la OPEC y que el no reporte oportuno del mismo constituye una omisión administrativa que podrá ser sancionada por la CNSC, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004.

2.10.-Como en efecto lo confirmó el mismo Municipio de Valparaíso, al responder mi solicitud de fecha 30 de noviembre de 2022, después del Proceso de Selección No.975 de 2018, se creó un (1) cargo denominado: *Auxiliar Administrativa Código 407 Grado 01*, en la mencionada petición, solicité entre otros aspectos:

(...)

2º Que el Municipio de Valparaíso, solicite a la CNSC, el uso de mi lista de elegibles, para la provisión del cargo Auxiliar Administrativa, Código: 407; Grado: 01, disponible según el mérito.

3º Se realice la actividad descrita en el numeral inmediatamente anterior, el Municipio de Valparaíso, expedirá la respectiva resolución de mi nombramiento en periodo de prueba, 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.

(...)

La respuesta de la Entidad fue la siguiente:

"No acceder a la petición elevada por la señora MAIRA ALEJANDRA GOMEZ CRUZ identificada con cédula de ciudadanía No. 1.006.530.751 en el sentido de solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil el uso de la lista de elegibles para la provisión del cargo Auxiliar Administrativa, Código 407; Grado 01, ubicada en el Municipio de Valparaíso atendiendo los términos de la parte motiva de la presente respuesta."

2.11.-Como fundamento de la negativa invoca que en el cargo denominado: Auxiliar Administrativa Código 407 Grado 01, se encuentra nombrada en provisionalidad la señora TANIA ALEJANDRA MENESES, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.118.072.715, quien ostenta la condición de madre cabeza de familia de sus dos hijos menores de edad J.A.HURTADO MENESES y K.C.HURTADO MENESES y que en ese contexto debe brindar apoyo especial por ser un mandato de raigambre constitucional. Es decir, se infiere que no es procedente la terminación del nombramiento en provisionalidad de la señora TANIA ALEJANDRA MENESES, para proceder previo a los trámites correspondientes a mi nombramiento en periodo de prueba debido a su calidad de madre cabeza de familia el cual prevalece sobre el mérito.

2.12.-Pues bien, está la ahora accionante inconforme con la respuesta desestimatoria por parte de la administración del Municipio de Valparaíso en el sentido de realizar los trámites de rigor para que se proceda hacer uso de la lista de elegibles contenida en la Resolución 16106 del 11 de octubre de 2022 de la CNSC y se realice mi nombramiento en periodo de prueba en el cargo Auxiliar Administrativa Código 407 Grado 01., creado después del proceso de selección No. 975 de 2018, y en el que se encuentra nombrada en provisionalidad la señora TANIA ALEJANDRA MENESES; para mostrar ello realizaré una

argumentación con sustento normativo, jurisprudencial y probatorio que permitirá demostrar que la señora TANIA ALEJANDRA MENESES, no ostenta la condición de mujer cabeza de familia y que si en gracia de discusión admitiéramos tal condición, ésta no tiene la fuerza suficiente para destronar el derecho al acceso al cargo público que pretendo por la vía del mérito.

2.13.-¿Qué es lo que se tiene para afirmar con grado de certeza que la señora TANIA ALEJANDRA MENESES no tiene la calidad de mujer cabeza de familia?

Para dar respuesta al anterior interrogante se debe inescindiblemente analizar los siguientes temas: (1). La custodia y cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes; y (2). Criterios para determinar la condición de madre o padre cabeza de familia.

La custodia y cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes

El derecho de custodia y cuidado personal que se deriva de la patria potestad, es un derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes, consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, artículo 253 de Código Civil y desarrollado 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia y hace referencia al deber que tienen los padres de proporcionar cuidado y protección a sus hijos menores de edad, el cual en caso de ser padres separados o hijos extramatrimoniales la autoridad competente tiene la facultad de confiar el cuidado de los hijos a uno de los progenitores sin que esto conlleve la pérdida de las obligaciones y responsabilidades del otro padre.

En busca de garantizar el desarrollo pleno de los niños, niñas y adolescente en un ambiente armónico y garantizando su derecho a tener una familia, la legislación colombiana ha llegado a implementar acciones como la regulación de visitas para el padre que no convive con sus hijos y como una adaptación a los cambios sociales la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado alternativas como la custodia compartida, siendo estos conceptos relevantes, porque estos conllevan la forma en que se regula la existencia de ambos padres en la vida de los hijos y desvanece la posibilidad de encontrarse dentro de los parámetros necesarios para ser considerado madre o padre cabeza de familia.

Criterios para determinar la condición de madre o padre cabeza de familia

La especial protección que el Estado debe proveer a las madres cabeza de familia (entiéndase protección extensiva al hombre cabeza de familia¹⁴ se encuentra fundamentada en la Constitución Política misma, que en su artículo 43 al disponer la igualdad entre hombres y mujeres en derechos y oportunidades y que señala en su segundo inciso el deber del estado de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia.

¹⁴ Sentencia C-722 de 2014. Exp. D-5047, MP. Dr. Rodrigo Escobar Gil. - "...Ha dicho la Corte, en desarrollo de los principios de igualdad y protección especial del menor, las medidas de protección de la mujer cabeza de familia resultan así mismo aplicables a los menores que estén a cargo de un hombre que se encuentre en las mismas condiciones que la ley ha previsto para la mujer cabeza de familia. Esto es, las medidas de protección que la ley ha previsto para los menores a cargo de una mujer cabeza de familia también se aplican en los eventos en los que sea un hombre quien tenga a su cargo, de manera exclusiva, desde el punto de vida social y económico, el cuidado de los menores, y carezca de apoyo y de otros recursos."

Para su regulación se promulgó la Ley 82 de 1993 modificada por la Ley 1232 de 2008 en la que se establece en el inciso segundo de su artículo 2º la definición de mujer cabeza de familia, estableciendo que: "es aquella mujer soltera o casada, que ejerce la jefatura femenina de hogar **y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente,** hijos menores propios otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

El mandato constitucional de protección a la mujer cabeza de hogar ha sido objeto de un amplio desarrollo jurisprudencial, reconociéndose a las madres cabeza de hogar como sujetos de especial protección, lo que se traduce en una serie de medidas y actuaciones encaminadas a garantizar la protección y el ejercicio de sus derechos y definidas detalladamente en la ley 1232 de 2008. Para su aplicación se hizo necesario concretar en qué ocasiones y qué condiciones acreditan a la mujer como madre cabeza de familia, en este sentido, la Corte Constitucional advierte:

“...Que no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el solo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; que esa responsabilidad sea de carácter permanente; no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o como es obvio, la muerte; por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la **responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.”**

Es así, que la calidad de padre o madre cabeza de familia **se otorga para aquel que asume en forma exclusiva y sin apoyo alguno la responsabilidad del hogar,** aunado a ello la ausencia en asumir la responsabilidad del otro padre debe obedecer a factores de fuerza mayor que no son predicables a la mera ausencia de este, como tampoco a un reducido aporte o cumplimiento en los demás deberes que le atañen en su condición.

La honorable Corte Constitucional, Sentencia T-420, Jun. 30/17, estableció que no toda persona a cargo de un hogar ostenta la calidad de cabeza de familia, pues para tener tal condición es necesario:

(i) Que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar.

(ii) Que esa responsabilidad sea de carácter permanente.

(iii) No solo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquella se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones.

(iv) Que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte.

(v) Que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria para sostener el hogar.

Más reciente la Corte Constitucional en sentencia T-003 de 2018, reitera los presupuestos jurisprudenciales para para que un hombre o mujer sea considerado/a como PADRE O MADRE CABEZA DE FAMILIA, en el siguiente orden:

"la condición de padre o madre cabeza de familia se acredita cuando la persona. (i) tiene la responsabilidad permanente de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar, (ii) no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia y (iii) su pareja murió, está ausente de manera permanente o abandonó el hogar y se demuestra que esta se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones, o cuando su pareja se encuentre presente pero no asuma la responsabilidad que le corresponde por motivos como la incapacidad física, sensorial, psíquica o mental."

De lo anterior se extrae que la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no significa, por sí misma, que una madre asume la condición de ser cabeza de familia.

Esta situación se configura con el abandono del hogar por parte de su pareja y de las responsabilidades que le corresponden como padre, es decir, debe existir un incumplimiento total de las obligaciones.

Los elementos de convicción que se acompañan al plenario constitucional permiten colegir sin hesitación:

- (i) Que la señora TANIA ALEJANDRA MENESES CUELLAR, y el señor JULIAN ANDRES HURTADO TORRES, son los padres biológicos de los niños JULIAN ALEJANDRO y KENDALL CELESTE HURTADO MENESES.
- (ii) Que en la Comisaria de Familia del Municipio de Valparaíso, se llevó a cabo audiencia de conciliación de alimentos, custodia, cuidado personal y régimen de visitas. Como no hubo acuerdo conciliatorio el señor Comisario de Familia, Reinel Losada Guaca fijó provisionalmente cuota de alimentos por la suma de \$420.000. La custodia se convino a favor de la señora madre TANIA ALEJANDRA e igualmente se consensuó un régimen de visitas a favor del padre JULIAN ANDRES HURTADO TORRES.

- (iii) Posteriormente el señor Comisario de Familia, Reinel Losada Guaca presentó demanda de fijación de cuota de alimentos, asignándosele el Radicado 18-1860-40-89-001-2022-00003-00 y por interlocutorio de fecha 21 de septiembre de 2022 el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Valparaíso admitió la demanda y decretó cuota provisional de alimentos en cuantía del 20% del salario y demás emolumentos laborales embargables que devenga el señor JULIAN ANDRES HURTADO TORRES, como Auxiliar Administrativo, Código 407 Grado 13 en la I.E.R. Santiago de la Selva. El decreto de la medida de cautela fue informado a la Secretaria de Educación Departamental del Caquetá, dependencia que puso a disposición del Juzgado Cognoscente de forma mensual los dineros retenidos y están siendo entregados a la señora TANIA ALEJANDRA. La cuota mensual provisional de alimentos durante la vigencia 2022 fue de aproximadamente \$400.000.
- (iv) La señora CARLINA HURTADO TORRES, CC 40.776.385, es la madre biológica del señor JULIAN ANDRES HURTADO TORRES, en consecuencia, es la abuela de los niños JULIAN ALEJANDRO y KENDALL CELESTE, ella pasa gran parte del tiempo en la semana laboral con los infantes, cuidándolos y apoyándolos en las tareas escolares ya que TANIA ALEJANDRA, se ausenta por trabajar en la alcaldía municipal y JULIAN ANDRES, también se ausenta por trabajar como secretario en la I.E.R. Santiago de la Selva.

2.14.-Pues bien, de la normativa, jurisprudencia y hechos narrados forzoso concluir que a TANIA ALEJANDRA MENESES CUELLAR, no se le puede considerar como mujer cabeza de familia pues la calidad de padre o madre cabeza de familia se otorga para aquel que asume en forma exclusiva y sin apoyo alguno la responsabilidad del hogar, aunado a ello la ausencia en asumir la responsabilidad del otro padre debe obedecer a factores de fuerza mayor que no son predicables a la mera ausencia de este, como tampoco a un reducido aporte o cumplimiento en los demás deberes que le atañen en su condición. En el sub-examine, el señor JULIAN ANDRES HURTADO TORRES, aun cuando no convive con ellos, así sea coercitivamente (por proceso judicial de alimentos), apoya económicamente a sus hijos, los acompaña y comparte cada vez que puede, además la abuela materna también colabora y apoya con el cuidado y afecto hacia sus nietos JULIAN ALEJANDRO y KENDALL CELESTE HURTADO MENESES. Adicionalmente es pertinente mencionar que conforme al parágrafo del Artículo 2 de la Ley 82 de 1993, la condición de Mujer Cabeza de Familia y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, **deberá ser declarada ante notario** por cada una de ellas, expresando las circunstancias básicas del respectivo caso, solemnidad probatoria que no obra por ninguna parte, desconociendo a toda luces el principio de derecho *ad substantiam actus* (Artículo 256 del Código General del

Proceso), el cual consagra que *la falta del documento que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato no podrá suplirse por otra prueba*. La entidad territorial o cualquier otra autoridad administrativa, excepto el Notario, carece de competencia para emitir documento donde establezca dicha calidad a una funcionaria. Es más, tampoco se otea en la actuación administrativa que la señora TANIA ALEJANDRA MENESES CUELLAR, hubiere puesto de manifiesto sus condiciones personales ante la Administración Municipal de Valparaíso, a efectos de que por parte de la misma como su empleador, se adelantaran las acciones afirmativas de que trata el parágrafo 2º, artículo 263 de la Ley 1955 de 2019 y el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el artículo 1 de Decreto 498 del 4 de marzo de 2020, es la entidad territorial la que llega a dicha inferencia después “*Que reviso de manera exhaustiva la hoja de vida de la Señora Tania y se logra determinar (con material probatorio) que es madre cabeza de familia conforme a lo certificado en el documento del 11 de Enero de 2022 firmada por el señor REINEL LOSADA GUACA Comisario de Familia del Municipio de Valparaíso, la cual informa que el núcleo familiar de la señora TANIA ALEJANDRA MENESES CUELLAR es de tipología monoparental con jefatura femenina conformado por sus dos hijos menores de edad J.A.HURTADO MENESES y K.C.HURTADO MENESES.*”

2.15.-¿ Si se considera a TANIA ALEJANDRA MENESES CUELLAR, mujer cabeza de familia dicha condición tiene la fuerza suficiente para destronar el derecho al acceso al cargo público que pretendo por la vía del mérito?

Tesis: No

En virtud de lo preceptuado en los artículos 125 y 130 de la Constitución Política y la Ley 909 de 2004, es correcto afirmar que la provisión de los empleos del Estado, a excepción de los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y demás que determine la Ley, se fundamenta única y exclusivamente en el mérito, que se presenta como un principio constitucional que permea la función pública y que debe ser respetado por todas las autoridades administrativas, según lo indicado en la Sentencia C-288 de 2014 de la Corte Constitucional.

Los empleados vinculados mediante un nombramiento provisional gozan de una estabilidad relativa o intermedia y por lo tanto, están sujetos a una posible desvinculación cuando como producto de un concurso de méritos una persona gane el derecho a proveer el empleo ofertado, según lo indicado en la Sentencia SU- 446 de 2011 de la Corte Constitucional. Independientemente de que existan personas vinculadas en provisionalidad con situaciones de especial vulnerabilidad, el ente nominador está en la obligación de nombrar y posesionar a quien en mérito obtuvo su derecho prevalente, destacando que el acto administrativo de desvinculación de los provisionales no puede ser caprichoso ni arbitrario, sino que debe estar debidamente motivado y fundamentado, y de ser posible se deben emprender medidas afirmativas en favor de empleados provisionales que se encuentran en situaciones especiales, de conformidad con las Sentencias T-595 de 2016 y SU 446 de 2011, emanadas de la Corte Constitucional.

El nombramiento de quienes superan el respectivo concurso de méritos, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de éstos, debe resaltarse que esta estabilidad *"encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente"*¹⁵

En todo caso, también se ha reconocido por la Corte Constitucional que aunque el ser sujeto de especial protección constitucional, como lo son las madres cabeza de familia *"(...) por esa sola circunstancia no se les otorga un derecho indefinido a permanecer en ese tipo de vinculación laboral, en virtud del derecho ostentado por las personas que acceden por concurso de méritos, sí surge una obligación jurídico constitucional (art. 13) de propiciarse un trato preferencial como medida de acción afirmativa"*¹⁶

De colofón, resulta menester resaltar que el mérito prima como criterio objetivo para determinar el acceso al servicio público y que los derechos de quienes superan un concurso público de méritos, ya ha sido suficientemente decantado, recabando que prevalecen sobre los de las personas que se encuentran en provisionalidad, reiterando la necesidad de las acciones afirmativas que deben deprecarse respecto a las mismas.

Recientemente el Honorable **Consejo de Estado** Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta; **Consejero Ponente:** Milton Chaves García el día, veintiuno (21) de abril de dos mil veintidós (2022) en un proceso cuyo número de Radicación es 11001- 03-15-000-2022-00126-1; **Demandante:** Jonathan Rachid Verano Rojas; **Demandado:** Juzgado Tercero Administrativo de Facatativá; **Referencia:** Sentencia De Tutela De Segunda Instancia; frente a la **condición de madre cabeza de familia vs. derechos de quienes se hallan en lista de elegibles**, indicó:

*Entonces, quien supere satisfactoriamente las etapas de un concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible tanto a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad, pues, estos gozan de una estabilidad relativa o intermedia, ya que no ingresan al servicio como resultado de un concurso"*¹⁷.

*Por esa estabilidad relativa, ha dicho de manera reiterada la Corte Constitucional, únicamente pueden ser desvinculados: i) para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, o ii) por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación"*¹⁸.

¹⁵ Sentencia C-064 de 2007, T-951 de 2004 y C-588 de 2009

¹⁶ Sentencia T-373 de 2017, MP. Cristina Pardo Schlesinger

¹⁷ Al respecto se puede consultar la sentencia SU-556 de 2014.

¹⁸ Ver entre otras, T-887 de 2007, T-010 de 2008, T-269 de 2009 y SU-917 de 2010.

En esas condiciones, la desvinculación del funcionario en provisionalidad porque el empleo deba ser provisto con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de ese tipo de funcionarios. Porque, precisamente, la estabilidad relativa que se les ha reconocido a quienes está vinculados bajo esa modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

*Al respecto, en la sentencia T-326 de 2014 dijo la Corte que “la decisión de la Administración de excluir del empleo público a quien lo ejerce en provisionalidad, debido a la necesidad de permitir el ingreso de quien ha superado el concurso de méritos, es una **medida constitucionalmente adecuada**, pues se sustenta en el carácter preeminente de esa modalidad de provisión de cargos”.*

(...)

Con las pruebas allegadas por la señora Mercy Carolina Casas Garzón, se puede concluir que cumplen las condiciones para considerarla como madre cabeza de familia, pues demostró que tiene personas a su cargo y que no recibe apoyo económico de ningún otro familiar. Sin embargo, acorde con la jurisprudencia constitucional, la estabilidad laboral reforzada por la condición de madre cabeza de hogar no es absoluta, cuando se encuentra en tensión con otros derechos como el del mérito, por lo siguiente:

La Corte Constitucional en sentencia SU-691 de 2017, reiteró que cuando en una relación laboral una de las partes la conforma una madre cabeza de familia (sujeto protegido) que cumple con los presupuestos de la sentencia SU-388 de 2005 “puede llegar a reconocérseles la garantía de la estabilidad laboral reforzada, claro está, mientras no exista una causal justificativa del retiro del servicio, dado que la protección de la estabilidad laboral reforzada no debe confundirse con el otorgamiento de una inmunidad que exonere de las obligaciones a su cargo, desconozca principios superiores como el mérito que funda el sistema de carrera”(subraya la Sala).

Como lo ha precisado la Sala¹⁹ “de conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política, el mérito es el factor preponderante para el acceso al empleo público y se materializa a través del mecanismo del concurso público, que persigue la selección de personal basada en la evaluación de la capacidad e idoneidad de los aspirantes para que los cargos sean atendidos por los más aptos y capaces. Así, la provisión del cargo por concurso de méritos es una justa causa para dar por terminada la relación laboral, incluso si el afectado con la medida es un sujeto de especial protección constitucional como las madres cabeza de hogar. En palabras de la Corte Constitucional, el acceso del ganador de un concurso de méritos al empleo público es un «derecho constitucionalmente prevalente»”.

(...)

¹⁹ Sentencia de 30 de septiembre de 2021, Exp. 2021-05523-00, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez

Teniendo en cuenta lo anterior, para la Sala es claro que la condición de madre cabeza de hogar de una mujer que ocupa un cargo de carrera administrativa en provisionalidad, no es razón suficiente para desconocer el derecho que tienen las personas de acceder a cargos públicos y materializarlo con el nombramiento respectivo cuando se han superado cada una de las etapas en un concurso de méritos.

Entonces, la señora Casas Garzón no puede alegar la existencia de un perjuicio irremediable por el nombramiento al que tiene derecho la persona que ganó el concurso de méritos y la consecuente desvinculación del cargo que ella ocupa en provisionalidad, pues éste tiene el carácter de transitorio y la tercera interesada no podía pretender la permanencia indefinida en el mismo. En esa medida, esa situación no configura en sí misma la vulneración de derechos fundamentales o la obligación del juez de tutela para su permanencia en el empleo.

En consecuencia, el señor Jonathan Rachid Verano Rojas al haber ganado el concurso de méritos y ocupar un puesto en el registro de elegibles, tiene un derecho prevalente para ser nombrado en el cargo al que escogió, en este caso, secretario del Juzgado 3º Administrativo del Circuito Judicial de Facatativá.

(...)

Por lo expuesto, con base en los hechos, con fundamento en las pruebas que se aducen y conforme al derecho, respetuosa y comedidamente me permito SOLICITARLE lo siguiente:

3.-PETICIONES:

1.-Se protejan mis derechos fundamentales: DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO, IGUALDAD, TRABAJO, ACCESO AL EMPLEO PUBLICO POR CONCURSO DE MERITO Y PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA.

2.-Ordenar al Municipio de Valparaíso- Caquetá, por intermedio del señor Alcalde HARLIZON RAMIREZ ROJAS, o quien haga sus veces se sirva verificar su planta global los empleos que cumplen con las características de MISMO EMPLEO, con estricto apego a los parámetros consignados en el Criterio Unificado "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES PARA EMPLEOS EQUIVALENTES" proferida por la Sala Plena de la CNSC del 16 de enero de 2020, el cual debe ser reportado o ser actualizado en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO), respecto de la vacante denominada Cargo: Auxiliar Administrativa, Código: 407; Grado: 01, ubicada en el Municipio de Valparaíso, que a la fecha no está provista con personal de carrera administrativa.

Atendiendo a que el señor Alcalde HARLIZON RAMIREZ ROJAS, en la respuesta de fecha diciembre de 2022 frente a mi solicitud informó la existencia el cargo denominado: Auxiliar Administrativa Código 407 Grado 01, en el cual se encuentra nombrada en provisionalidad la señora TANIA

ALEJANDRA MENESES, Ordenar que el Municipio de Valparaíso, solicite a la CNSC, el uso de mi lista de elegibles, para la provisión del cargo Auxiliar Administrativa, Código: 407; Grado: 01, disponible según el mérito.

3º Ordenar en el plazo que considere la judicatura al Municipio de Valparaíso, expedir el respectivo acto administrativo de mi nombramiento en periodo de prueba, 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.

4º. Ordenar que, la actuación globalmente considerada no podrá tener una duración mayor de 30 días, y para su cabal realización el Municipio de Valparaíso y la CNCS, deberán actuar de manera coordinada y colaborativa, en función del principio consignado en el artículo 113 de la Constitución Política de Colombia.

4.-MEDIOS DE PRUEBA

Documentales

1.-Copia de la lista de elegibles proferida por Resolución 16106 del 11 de octubre de 2022 de la CNSC.

2.-Solicitud de fecha 30 de noviembre de 2022 elevada por mí a la administración Municipal.

3.-Respuesta a mi solicitud de fecha 30 de noviembre de 2022 emitida por el señor Alcalde HARLINZON RAMIREZ ROJAS, mediante el Oficio fecha diciembre de 2022.

4.-Copia del Auto Interlocutorio No.001 de fecha 21 de septiembre de 2022 dictado por el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Valparaíso-Caquetá, dentro del Proceso Verbal Sumario-Fijación de Cuota de Alimentos, a favor de los niños: JULIAN ALEJANDRO y KENDALL CELESTE HURTADO MENESES, Radicación: 18-860-40-89-001-2022-00003-00

5.-Copia del Auto de Sustanciación de fecha 15 de noviembre de 2022 dictado por el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Valparaíso-Caquetá, dentro del Proceso Verbal Sumario-Fijación de Cuota de Alimentos, a favor de los niños: JULIAN ALEJANDRO y KENDALL CELESTE HURTADO MENESES, Radicación: 18-860-40-89-001-2022-00003-00.

PRUEBA POR INFORME (Art. 275 del C.G.P.)

Respetuosamente requiero:

- Se solicite al Juzgado Único Promiscuo Municipal de Valparaíso-Caquetá, informe de todo aquello que estime el señor Juez y/o Magistrado@ pertinente y necesario sobre la cuota de alimentos, dineros entregados y las actuaciones hasta la fecha evacuadas dentro Proceso Verbal Sumario-Fijación de Cuota de Alimentos, a favor de los niños: JULIAN ALEJANDRO y KENDALL CELESTE HURTADO

MENESES, Demandado: JULIAN ANDRES HURTADO TORRES, Radicación: 18-860-40-89-001-2022-00003-00. La anterior solicitud probatorio con el fin de demostrar que la señora TANIA ALEJANDRA MENESES CUELLAR, no tiene de forma exclusiva y permanente a su cargo la atención afectiva y económica de los niños JULIAN ALEJANDRO y KENDALL CELESTE HURTADO.

- Se solicite a la Comisaria de Familia de Valparaíso-Caquetá, informe de todo aquello que estime el señor Juez y/o Magistrado@ pertinente y necesario sobre diligencia de conciliación de cuota de alimentos, custodia y cuidado personal y régimen de visitas del año 2022, siendo convocado el señor JULIAN ANDRES HURTADO TORRES y convocante la señora TANIA ALEJANDRA MENESES CUELLAR, a favor de los niños: JULIAN ALEJANDRO y KENDALL CELESTE HURTADO MENESES. La anterior solicitud probatorio con el fin de demostrar que la señora TANIA ALEJANDRA MENESES CUELLAR, no tiene de forma exclusiva y permanente a su cargo la atención afectiva y económica de los niños JULIAN ALEJANDRO y KENDALL CELESTE HURTADO.

La Comisaria de Familia se ubica en: la Calle 11 No. 3-50, Palacio Municipal. Correo Electrónico: familia@valparaiso-caqueta.gov.co
Celular: 312 511 2303.

DECLARACION DE TERCEROS (Art. 208 del C.G.P)

- Solicito respetuosamente se cite por intermedio de la ahora tutelante a la señora CARLINA HURTADO TORRES CC 40.776.385, para que declare sobre el apoyo que le brinda a la señora TANIA ALEJANDRA MENESES CUELLAR, en el cuidado y protección de sus hijos JULIAN ALEJANDRO y KENDALL CELESTE HURTADO MENESES. La señora CARLINA HURTADO TORRES, reside en la Calle 6 barrio Santa Isabel del Municipio de Valparaíso y puede ser contactada en el abonado celular: 321 346 8072.

5.-ANEXOS:

- 1.-Copia de mi cedula de ciudadanía

6.-JURAMENTO

Manifiesto bajo la gravedad de juramento que no he impetrado otra acción de tutela por los mismos hechos y derechos ante ninguna otra autoridad judicial

7.-COMPETENCIA

Es usted señor Juez competente para conocer y decidir la presente acción constitucional de conformidad con lo previsto en el Decreto 333 de 2021

8.-NOTIFICACIONES

La suscrita accionante **MAIRA ALEJANDRA GÓMEZ CRUZ**, recibo notificaciones en la Carrera 6 manzana 31 barrio Las Brisas del Municipio de Valparaíso. Correo Electrónico: mairaalejandragomezacruz03@gmail.com Celular: 320 868 9490.

La Comisión Nacional del Servicio Civil, recibe notificaciones en la carrera 16 No.96-64, Piso 7 Bogotá D.C. Tel: (+57) 6013259700 Línea nacional 01900 3311011. Correo electrónico: notificacionesjudiciales@cns.gov.co

El Municipio de Valparaíso -Caquetá, recibe notificaciones en la Calle 11 No. 3-50 barrio El Centro del Municipio de Valparaíso. Celular: 321 4002171, 313 359 1213 y 317 5897100. Correo electrónico: despachoalcalde@valparaiso-caqueta.gov.co y secretaria-gobierno@valparaiso-caqueta.gov.co

Los Vinculados, la totalidad de las personas que conforman la Lista de Elegibles adoptada mediante la Resolución No.16106 del 11 de octubre de 2022 pueden ser notificados por intermedio de la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC-

La señora **TANIA ALEJANDRA MENESES CUELLAR**, recibe notificaciones en la Calle 11 No. 3-50, Palacio Municipal-Oficina de Planeación Municipal barrio El Centro del Municipio de Valparaíso. Celular: 317 2695677. Correo electrónico: alejandramenesescuellar0508@gmail.com

Atentamente;



MAIRA ALEJANDRA GÓMEZ CRUZ

CCNo.1.006.530.751 expedida en Valparaíso