

Bogotá D.C., 06 de Abril de 2020.

SEÑOR

JUEZ ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO (REPARTO)

E.

S.

D.

REF: Acción de Tutela para proteger los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo, acceso a cargos públicos, debido a que el ICBF se encuentra realizando nombramientos en provisionalidad para los cargos que fueron creados con carácter permanente según el Decreto No. 1479 de 2017, desconociendo la lista de elegibles elaborada y conformada por la CNSC.

Accionante: MANUEL FERNANDO DURÁN GUTIÉRREZ, identidad con la cedula de ciudadanía No. 1.095.916.652 de Girón (Sder).

Accionados: EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF" Y LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC".

MANUEL FERNANDO DURÁN GUTIÉRREZ, identificado como aparece al pie de mi firma, abogado especialista en Derecho Administrativo y Magister en Derecho constitucional, actuando en nombre propio e invocando el artículo 86 de la Constitución Política, acudo ante su Despacho para instaurar ACCIÓN DE TUTELA contra EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF" y la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC", con el objeto de que se protejan los derechos constitucionales fundamentales que a continuación enuncio y los cuales se fundamentan en los siguientes hechos:

HECHOS

PRIMERO: El 18 de diciembre del 2016 me inscribí a la convocatoria número 433 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF al cargo identificado con la OPEC 34242 Nivel: profesional, Denominación: Defensor de Familia, Código: 2125 y Grado: 17, donde se ofertó 106 vacantes para el municipio de Bogotá D.C., dicha Convocatoria se hizo mediante el Acuerdo 20161000001376 de 2016 emanado por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC.

SEGUNDO. Presenté y aprobé las pruebas realizadas por la Universidad de Medellín el día 3 de septiembre de 2017, cuyos resultados fueron publicados hasta el mes de octubre de la misma anualidad. Después de realizada la etapa de valoración de antecedentes obtuve un puntaje global de 66.78 puntos, quedando así en el lugar 190.

TERCERO: El día 16 de agosto del año 2018, la CNSC publicó la lista de legibles para la OPEC mencionada en el hecho primero; mediante la Resolución No. CNSC 20182230084005 del 10/08/2018, la cual adquirió firmeza el día 27/08/18; en dicha lista de elegibles yo ocupé el puesto 190.

CUARTO: El ICBF crea 328 cargos de Defensor de Familia por medio del Decreto 1479 de 2017, que actualmente se encuentran en VACANCIA DEFINITIVA.

QUINTO: Según la normatividad de carrera administrativa y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no puede existir un cargo en provisionalidad en calidad de vacancia definitiva cuando exista vigente una lista de elegibles para un empleo que fue objeto de la Convocatoria 433, como lo es el empleo de Defensor de Familia para la OPEC 34242 Nivel: profesional, Denominación: defensor de familia Código 2125 Grado 17.

SEXTO: En vista de lo anterior, radique (Fechado: el 04 de febrero del 2020) vía página web derecho de petición al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, peticionando lo siguiente: *“i. Que basados en el Acuerdo 562 de 2016 de la CNSC y en las demás normas que rigen para el uso de las listas de elegibles conformadas para un empleo con OPEC específica, se haga uso de la lista elegibles para la OPEC 34242 Nivel: profesional, Denominación: defensor de familia Código 2125 Grado 17 donde se ofertó 106 vacante para el Centro Zonal Bogotá D.C, emitida mediante la Resolución No. CNSC – 20182230084005 del 10-08-2018, la cual adquirió firmeza el día 27/08/18. En dicha lista de elegibles, yo ocupé el lugar 190 y que, en consecuencia, de ello, se proceda a efectuar mi nombramiento en periodo de prueba en la otra vacante (que está en vacancia definitiva) de Defensor de familia existente en el Centro Zonal en Bogotá D.C., por estar de en la lista de elegibles de la OPEC 34242 Nivel: profesional, Denominación: defensor de familia Código 2125 Grado 17.; ii. Se me informe porque se van a apartar de la providencia: Sentencia de segunda instancia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca de fecha: 18 de noviembre del 2019, bajo el radicado No. 76001333302120190023401, en caso de no acceder a mi petición principal señalándome las razones de hecho y de derecho; iii. Se me informe de la lista de elegibles de la Resolución No. CNSC – 20182230084005 del 10-08-2018, la cual adquirió firmeza el día 27/08/18,*

cuantas personas han sido nombradas en las 106 vacantes ofertadas en la Comisión Nacional del Servicio Civil que convocó a Concurso para el ICBF 433 – ICBF y iv. Se me informe cuantas personas están ocupando cargos en calidad de: Provisionalidad y encargos del empleo Denominado: defensor de familia Código 2125 Grado 17, de conformidad al DECRETO 1479 DE 2017, discriminándome cuantos en la ciudad de Bogotá y cuantos a nivel nacional”.

SÉPTIMO: Lo precedido lo funde básicamente por el análisis realizado a la RATIO DECIDENDI y a la OBITER DICTA de la Sentencia de segunda instancia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca de fecha: 18 de noviembre del 2019, bajo el radicado No. 76001333302120190023401, la cual señaló:

“(…)

Previo a lo anterior, el Gobierno Nacional expide el Decreto 1479 de 2017, “Por medio del cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Cecilia de la Fuente de Lleras, y se dictan otras disposiciones.”, suprimiendo 42 empleos de profesional universitario código 2044 grado 8 de carácter temporal creados mediante Decreto 2138 de 2016 y creando 49 de igual denominación como permanentes.

La CNSC revocó el artículo cuarto de la resolución N° CNSC - 20182230040835 del 26 de abril de 2018 que permitía que la accionante pudiera acceder a uno de los cargos nuevos creados, no obstante tal posibilidad se mantiene a partir del artículo 6° de la ley 1960 de 2019 que derogó el N° 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004, que dispone “Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad”.

Así las cosas, no es cierto como lo pregonan las entidades accionadas que la aplicación de la ley citada sería retroactiva, pues ella en su enunciado expresamente señala que las listas de elegibles aplican para cargos que incluso se creen con posterioridad a la convocatoria, situación fáctica que encaja plenamente en la de la actora y que la hace aplicable al encontrarse para el momento de la expedición de la ley la lista de elegibles de que es parte vigente y existir 49 cargos surtidos en provisionalidad, siendo exactamente iguales a aquel para el cual ella fue convocada y superó el concurso de méritos.

La anterior interpretación encuentra respaldo en el artículo 125 Superior que reza:

"Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. (...).

Desatender lo dispuesto en la Norma Superior sería ignorar que **"...el sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza el acceso al empleo público, por lo que debe realizarse en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado."**¹⁰

Por tal razón, el Criterio Unificado adoptado por la CNSC el 1° de agosto de 2019 sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019 que dispone que las listas de elegibles vigentes pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad a la ley, contradice la norma reglamentada y establece una limitante abiertamente inconstitucional y trasgresora de los derechos fundamentales de quienes a la entrada en vigencia de la ley, hacían parte de listas de elegibles vigentes, quienes tienen el derecho de acceder a todos los cargos vacantes o surtidos en provisionalidad de idéntica naturaleza a aquellos para los que concursaron sin importar la fecha de la convocatoria; por tal razón la Sala lo inaplicará por inconstitucional¹¹, en este caso concreto y con efectos *inter comúnis* para la lista de elegibles contenida en resolución No. CNSC 20182230040835 del 26 de abril de 2018.

¹⁰ T-180 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

¹¹ "...entendida como la facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política." Corte Constitucional, sentencia SU 132 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada (E)

En esa línea de pensamiento, no se comparte el criterio del *a quo* que desvinculó a la CNSC para responder por la presunta violación de los derechos fundamentales invocados como vulnerados por la accionante, pues en primer lugar, le corresponde elaborar las listas de elegibles que posteriormente enviará a las entidades para proveer las vacantes definitivas mediante los nombramientos y la respectiva posesión de los que conforman dichas listas en este caso, el ICBF; y en segundo lugar, fue dicha entidad quien a través de la Resolución N° 20182230156785 del 22 de diciembre de 2018 revocó el artículo cuarto¹² de todos los actos administrativos que contenían las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria 443 de 2016 ICBF, que permitía que pudieran ser utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surgieran durante su vigencia en los mismos empleos convocados y profirió el 1° de agosto de 2019 el Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019.

Con base en lo anterior, se revocará la sentencia impugnada y se tutelarán los derechos fundamentales de la accionante, así como los de aquellas personas que conforman la lista de elegibles contenida en la resolución N° CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018, pues si los efectos de esta sentencia fueran inter partes, las personas que se encuentran en la misma situación de la señora Jessica Lorena Reyes Contreras y que no acudieron al proceso verían vulnerados sus derechos fundamentales (efectos inter comunis), máxime si se considera que existen 49 cargos vacantes o surtidos en provisionalidad; en esta secuencia se le ordenará a la CNSC que (i) dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes de notificada esta decisión, oferte los 49 cargos de Profesional Universitario Código 2044, Grado 8 creados mediante el decreto 1479 de 2017 para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a quienes conforman la lista de elegibles expedida por el acuerdo No. CNSC- 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 para optar, proceso que en todo caso no podrá exceder un mes calendario contado partir del cumplimiento del término de las 48 horas; (ii) elabore la lista de elegibles dentro de los quince (15) días siguientes al vencimiento para optar y una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los cinco (5) días siguientes al ICBF que deberá nombrar los aspirantes dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo de las listas y en estricto orden de mérito.

8. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

SEGUNDO: TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la señora Jessica Lorena Reyes Contreras.

TERCERO: INAPLÍQUESE por inconstitucional, el “Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”, proferido por la CNSC el 1° de agosto de 2019, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: ORDÉNASE a la CNSC que (i) dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes de notificada esta decisión, oferte los 49 cargos de Profesional Universitario Código 2044, Grado 8 creados mediante el decreto 1479 de 2017 para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el fin de que quienes conforman las listas de elegibles opten, proceso que no podrá exceder del término de un mes calendario contado partir del cumplimiento de las 48 horas; (ii) elabore la lista de elegibles dentro de los quince (15) días siguientes y debidamente notificado el acto y en firme lo remita al ICBF en el término máximo de cinco (5) días hábiles.

QUINTO: ORDÉNASE al ICBF, recibida la lista de elegibles por parte de la CNSC, en el término de ocho (8) días hábiles deberá nombrar a los aspirantes en estricto orden de mérito.

SEXTO: La presente decisión tiene efectos *inter comúnis* para todas a aquellas personas que conforman la lista de elegibles contenida en la resolución N° CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018, y que no acudieron al proceso como accionantes.

SEPTIMO: NOTIFÍQUESE a las partes la presente decisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 5 del Decreto 306 de 1.992.

(...)

OCTAVO: En ese orden de ideas, si bien es cierto los hechos facticos de la providencia que cite tenían algunos aspectos diferentes en cuanto al cargo, también es cierto que en materia sustancial se asimilaba a lo que el suscrito esta solicitando, esto es, que si un ciudadano aprobó un concurso de méritos, y se encuentra en la lista de elegibles, pero no obstante, el ICBF crea 328 cargos por medio del Decreto 1479 de 2017 y nombra a otras personas en calidad de provisionalidad por fuera de la lista en firme existente, es decir, sin agotar esta; genera el problema jurídico en discusión de la providencia resolviendo favorablemente el Tribunal ya discriminado, donde pondera garantías constitucionales y decide nombrar al accionante.

NOVENO: Lo mismo ocurre con los hechos facticos de la providencia en cita para mi caso en particular, pues se tiene la misma relación y por tanto es que se debe aplicar el siguiente tópic, y es básicamente que al cargo que yo aplique existieron 106 vacantes, pero con la expedición del Decreto 1479 DE 2017, se crearon 328 que inclusive para el cargo de Nivel profesional, Denominación: defensor de familia Código 2125 Grado 17, existiendo mil cuatrocientos diecisiete (1.417) en la PLANTA GLOBAL y varias de ellas ocupadas por persona en provisionalidad.

DECIMO: Es claro entonces, que la interpretación del artículo 125 de la norma superior conlleva a que las listas de elegibles deben ser agotadas para cada ubicación geográfica si allí hay cargos vacantes. Si se agota la lista territorial, se conformará entonces una lista nacional. Por ello, es que el uso de la lista nacional se debe usar una vez se agote la lista Territorial, que, para este caso en concreto, la lista territorial no se ha agotado, puesto que la lista de elegibles para esa OPEC: 34242 Nivel: profesional, Denominación: Defensor de Familia, Código: 2125 Grado: 17, donde se ofertó 106 vacante para la ciudad de Bogotá D.C, establece más vacantes del cargo con las mismas denominaciones pero que están siendo ocupadas por personas que no se encuentra en la precitada lista de elegibles ni mucho menos de personas que participaron en el concurso de méritos que adelantara la CNSC, por ende, tengo así el derecho de preferencia a ser nombrado en las vacantes definitivas que se generó en la ciudad de Bogotá D.C., en virtud de la ampliación especificada por el Decreto 1479 de 2017.

ONCE: De otro lado, el inciso segundo del artículo 11 del Acuerdo 562 de 2016 de la CNSC estableció que las listas de elegibles tienen que usarse cuando existan vacantes definitivas creadas: **Las vacancias definitivas que se generen en los empleos inicialmente provistos**, con ocasión para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, o aquellas que resulten de la listas de elegibles conformada con un número menor de aspirantes al de vacantes ofertados a proveer mediante el uso de una lista de elegibles vigente u aquellas vacantes cuyo concurso haya sido declarado desierto, **serán provistas mediante uso de listas de elegibles** previo agotamiento de los tres primeros órdenes de provisión establecidos por el artículo 1° del Decreto 1894 de 2012, el cual modificó el artículo 7° del Decreto 1227 de 2005 (contenido en el Decreto 1083 de 2015), y se realizará en estricto orden de mérito con los elegibles que se encuentren en la lista.

DOCE: Sin embargo, el derecho de petición fue decidido por parte del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF" mediante radicado **SIM 1761751814** de fecha 25 de febrero de la presente anualidad, de manera negativa a todas las peticiones con fundamentos de derecho y de hecho de formas superfluas y que inclusive, en la última petición su respuesta fue ambigua, no obstante, puede conseguir la respuesta por otro medio.

TRECE: Por otra parte, en otro lugar del país más específicamente en la ciudad de Pasto (Nariño), un juez constitucional se enfrentó al mismo problema jurídico que solucionara el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca de fecha: 18 de noviembre del 2019, bajo el radicado No. 76001333302120190023401; no obstante, para esta vez los hechos jurídicamente relevantes son iguales para mi caso en concreto, es decir, estamos en el escenario donde el accionante solicita que se le nombre en las vacantes existentes instituidas por el Decreto 1479 de 2017, en el cual se crearon 328 cargos para el empleo denominado Nivel profesional, Denominación: Defensor de Familia, Código 2125 Grado 17, dejando la claridad que esta petitum se efectúa una vez agotada la lista de elegibles de la convocatoria del Acuerdo 20161000001376 de 2016 emanado por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC –.

CATORCE: De esta manera, el Juez Noveno Administrativo del Circuito de Pasto, el día tres (03) de marzo del dos mil veinte (2020) mediante radicado No. 52001-33-33-009-2020-00032-00 siendo naturaleza una acción de tutela, resuelve el problema jurídico utilizando la misma tesis del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en cuanto a la *RATIO DECIDENDI* y a la *OBITER DICTA*, pues señalo lo siguiente:

“(…)

7. CASO CONCRETO

La accionante, señora AURA MAGOLA MONTENEGRO BENAVIDES, considera la vulneración del derecho al debido proceso, igualdad, trabajo, acceso a cargos públicos, por cuanto el ICBF se encuentra realizando nombramientos en provisionalidad para los cargos que fueron creados con carácter permanente según el Decreto No. 1479 de 2017, desconociendo la lista de elegibles elaborada y conformada por la CNSC, por lo cual, solicita se ordene a la CNSC que oferte los 328 Cargos de Defensor de Familia creados mediante el Decreto 1479 de 2017 para el ICBF, con el fin de que quienes conforman la lista de elegibles opten a ellos y el ICBF proceda a nombrar en estricto orden de mérito.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "ICBF", en la contestación de la acción constitucional, indicó que se publicó la lista de elegibles, la cual adquirió firmeza el 31 de julio de 2018, efectuó los nombramientos en período de prueba, de 18 aspirantes de conformidad a la lista de elegibles.

En principio podría decirse que no le asiste derecho a la señora AURA MAGOLA MONTENEGRO BENAVIDES de ser nombrada en el cargo de Defensor de Familia del ICBF, código 2125, grado 17, toda vez que los empleos vacantes, fueron debidamente ocupados por las personas que tuvieron mejor posición en la lista de elegibles, quedando agotados los cargos que se ofertaron por el ICBF.

Empero, el 27 de junio de 2019 se expidió la Ley 1960, la cual privilegia la carrera administrativa, su expedición tiene como fin *"dotar a las entidades y organismos del Estado de normas claras y homogéneas en cuanto a ascensos dentro de la carrera, la movilidad, el encargo y la capacitación, para bien de los empleados de carrera y de aquellos que tienen la responsabilidad de conducir y administrar este personal al interior de las organizaciones públicas"*.¹⁴

La norma en comento, en su artículo 6 modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, agregando que además de cubrir las vacantes para las cuales se efectuó el concurso, con la lista de elegibles, se cubrirán también las vacantes definitivas de cargos

¹² Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras" y se dictan otras disposiciones.

¹³ Artículo 2º Decreto 1479 de 2017

¹⁴ Primer debate en la Cámara de Representantes el proyecto de ley de iniciativa gubernamental, que busca modificar la Ley 909 de 2004. Gaceta del Congreso ISS No. 123 - 9066. Gaceta del Congreso 289 jueves, 2 de mayo de 2019 Página 11

equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.

Luego el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1479 de 4 de septiembre de 2017, mediante el cual suprimió 328 cargos de carácter temporal cuya denominación era Defensor de Familia, código 2125, grado 17 (art. 1 literal B) y creó 328 cargos con la misma denominación, código y grado, de carácter permanente (art. 2); así mismo determinó que dichos cargos debían proveerse siguiendo el procedimiento establecido en el decreto ley 909 de 2004, cuando ya estaba vigente la modificación introducida por la Ley 1960 de 2017.

En concordancia con lo anterior, se tiene que el Criterio Unificado adoptado por la Comisión Nacional del Servicio Civil "CNSC" el 1 de agosto de 2019, al cual se hace referencia en la respuesta emitida por esa entidad, se dejó sin efectos con la expedición un nuevo criterio unificado de fecha 16 de enero de 2020 (fls 73-74), sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, el cual posibilita el uso de lista de elegibles para proveer empleos y cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad a la expedición de la lista, mientras se encuentren vigentes, que a su tenor establece:

*"De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección **aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019**, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC – de la respectiva convocatoria y **para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos"** entendiéndose, con igual denominación, códigos, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."¹⁵*

En el caso bajo estudio se tiene, que la convocatoria No. 433 de 2016, inició, con la emisión del Acuerdo No. 20161000001376 de 2016, la que culminó con la expedición de la Resolución No. CNSC-20182230073625 de 18 de julio de 2018, mediante la cual se conformó la lista de elegibles para proveer 17 vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 34735, denominado Defensor de Familia Código 2125, Grado 17, la que según su artículo quinto tiene vigencia de 2 años contados a partir de la fecha de su firmeza, por lo que vence en julio del año 2020. Durante su vigencia, el 27 de junio de 2019 se promulgó la Ley 1960 de 2019 que empezó a regir desde dicha fecha, por lo que es aplicable a la lista de elegibles mencionada, habiéndose creado mediante Decreto 1479 de 4 de septiembre de 2017, 328 cargos con igual denominación, código y grado, y de los cuales algunos fueron creados en la misma ubicación geográfica, por lo que se cumple con los requisitos establecido en la Ley 1960 de 2019 y en tal sentido debe utilizarse dicha lista para proveer los mencionados cargos creados.

Si bien el ICBF argumenta que se encuentra adelantando las acciones tendientes a dar cumplimiento al criterio unificado de la CNSC de fecha 16 de enero de 2020 antes mencionado, reportando los empleos de carrera administrativa que se encuentran vacantes de forma definitiva, señala también que la entidad sólo podrá acceder de manera favorable este tipo de solicitudes previa autorización por parte de la CNSC, una vez adelante el estudio respectivo; entidad que a su vez manifiesta que frente a la posibilidad de utilizar las listas

¹⁵ Folio 75 del expediente

de elegibles en empleos cuya vacancia definitiva surgió con posterioridad a la aprobación del Acuerdo de la convocatoria de su interés, dicha provisión podrá hacerse sólo para empleos iguales y previa solicitud expresa por parte de la entidad, quien además deberá apropiarse y cancelar el costo previsto para el uso de las listas de elegibles, por lo que la entidad nominadora deberá realizar la solicitud mediante oficio a esa Comisión Nacional, previo reporte de dicha OPEC en SIMO y la CNSC procederá a verificar las listas vigentes de la Entidad, que cumplan con las características del empleo solicitado, con el fin de autorizar los nombramientos en periodos de prueba de los elegibles que por estricto orden de mérito les asiste derecho.

De acuerdo a lo anterior, no existe claridad si el ICBF ya inició con el proceso para solicitar la utilización de la lista de elegibles de que trata el presente asunto y si la CNSC se encuentra también adelantando dicho proceso, pues de lo argumentado y las pruebas obrantes se puede establecer que no se ha dado cumplimiento a la normatividad antes referida, por lo efectivamente se están vulnerando los derechos fundamentales de acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad de la accionante y los demás integrantes de la mencionada lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182230073625 de 18 de julio de 2018, por lo que se concederá el amparo constitucional que deprecia la accionante, sin desconocer, en ninguna medida los derechos de las personas que ostentan un mejor derecho, por ocupar los puestos 19 a 26 de la lista de elegibles.

En tal sentido, el Despacho considera que, todas las personas que hacen parte de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182230073625 de 18 de julio de 2018, para el empleo identificado con el Código OPEC No. 34735, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, ofertado en el marco de la Convocatoria 433 de 2016-ICBF, se encuentran bajo las mismas situaciones fácticas y jurídicas, que la accionante señora Aura Magola Montenegro Benavides; motivo por el cual, con el objetivo de proteger los derechos de las personas que acudieron a la acción de tutela y de aquellas que a pesar de encontrarse en la misma situación no acudieron, se debe proferir un fallo con efectos *inter comunis*, que proteja los derechos fundamentales de todos los integrantes de la lista. Siendo pertinente señalar que, el artículo 61 del Acuerdo No. CNSC - 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016¹⁶, que reglamentó la convocatoria No. 433 del 2016, estableció, como únicas modificaciones posibles a la lista de elegibles, las que obedecieron a errores aritméticos en la sumatoria de puntajes, o como producto de correcciones en los resultados, datos o reclamaciones; lo cual no ocurre en el presente evento, por lo cual las personas que hacen parte de la lista de elegibles y que ostentan mejor posición que la accionante, no podrán ser afectadas.

En consecuencia, se ordenará al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, reporte las vacantes de la OPEC correspondiente o actualice la existente en el sistema SIMO y solicite ante la CNSC el uso de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182230073625 de 18 de julio de 2018, para el empleo identificado con el Código OPEC No. 34735, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, ofertado en el marco de la Convocatoria 433 de 2016-ICBF, con el fin de proveer las vacantes definitivas existentes en la entidad que corresponden a los mismos empleos, incluyendo las creadas mediante Decreto 1479 de 2017.

¹⁶ Página web <https://grupogear.com/co/normatividad/convocatoria-433-icbf/acuerdo-cnsc-20161000001376-5-septiembre-2016/>

De igual manera, se ordenará a la COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL-CNSC, que una vez solicitada por parte de la ICBF el uso de la lista de elegibles antes mencionada, con la respectiva verificación y conformación de la misma, emita su autorización y proceda a remitir la lista de elegibles a dicha entidad, cuyo proceso no podrá exceder el término de un mes calendario contado partir del cumplimiento de las cuarenta y ocho (48) horas antes otorgadas.

Por último, se ordenará al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF que en el término de cinco (5) días hábiles, contados a partir del recibo de la lista de elegibles por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil "CNSC", efectúe los trámites administrativos necesarios para el nombramiento y posesión en periodo de prueba de los integrantes de la lista en estricto orden de mérito.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato Constitucional,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la señora AURA MAGOLA MONTENEGRO BENAVIDES, identificada con la cédula de ciudadanía No.27.082.383 expedida en Pasto (N), y de todos los integrantes de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182230073625 de 18 de julio de 2018, frente a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC" y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF", por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, se emiten las siguientes **ORDENES** a las entidades accionadas:

- 1. ORDENAR** a al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, reporte las vacantes de la OPEC correspondiente o actualice la existente en el sistema SIMO, y solicite ante la CNSC el uso de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182230073625 de 18 de julio de 2018, para el empleo identificado con el Código OPEC No. 34735, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, ofertado en el marco de la Convocatoria 433 de 2016-ICBF; con el fin de proveer las vacantes definitivas existentes en la entidad que corresponden a los mismos empleos, incluyendo las creadas mediante Decreto 1479 de 2017.
- 2. ORDENAR** a la COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL-CNSC, que una vez solicitada por parte de la ICBF el uso de la lista de elegibles mencionada en el numeral anterior, con la respectiva verificación y conformación de la misma, emita su autorización y proceda a remitir la lista de elegibles a dicha entidad. Dicho proceso no podrá exceder el término de un mes calendario contado partir del cumplimiento de las cuarenta y ocho (48) horas otorgadas en el numeral anterior.

(...)"

QUINCE: De lo anterior visto, claramente se puede establecer que un ciudadano que se encuentre en una lista de elegibles goza de derechos y si en un concurso de méritos se estableció un número de vacantes para un empleo ofertado y estas se ocupan de conformidad al orden de la lista de elegibles, lo anterior no es obstáculo para que se presenten tópicos que conlleven a seguir utilizando la lista de elegibles en su periodo de vigencia, ya sea porque se crean cargos bajo las mismas denominación y se necesita ocupar para el cumplimiento de los fines del Estado como es servirle a la comunidad; por ello, no es admisible que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF trasgreda garantías constitucionales como son al debido proceso, igualdad, trabajo, acceso a cargos públicos, toda vez, que el instituto ya mencionado ha venido nombrado sistemáticamente a personas en calidad de provisionalidad omitiendo que existen unos ciudadanos que por derecho propio deben ocupar dichos empleos públicos y en donde me referiré más adelante en el hecho diecisiete (17).

DIECISÉIS: En ese orden de ideas, se puede establecer que las tesis de las providencias utilizadas por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca y del Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto anteriormente referidas instauran que de existir una lista de elegibles en firme y una vez agota las vacantes ofrecidas, si la institución que invitó el empleo a concurso de méritos establece que existen más empleos con la misma denominación pero que no fueron ofrecidos en la convocatoria pública le es atribuible que utilice esa lista de elegibles que se encuentren en vigencia y es que la afirmación que acabo de describir no esta basada en caprichos, pues si no son suficientes las dos providencias en citas, señalaré otra jurisprudencia que coadyuva la solicitud planteada en esta acción constitucional como fue la del H. Consejo de Estado que resaltar que este pronunciamiento se realizó en un caso particular como es el régimen de carrera administrativa de la DIAN, donde a grosso modo se señaló que: *“La conformación del registro de elegibles materializa el principio del mérito consagrado en la Constitución en la medida en que, con él, la administración debe proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes(...). La lista de elegibles conformada como resultado de un proceso de selección, durante su vigencia, podrá ser usada únicamente para proveer los cargos que fueron expresamente ofertados en la convocatoria. **No obstante, el Consejo de Estado han aceptado que la entidad convocante pueda disponer de la lista o registro definitivo de elegibles para proveer cargos que no hayan sido objeto, inicialmente, de oferta en concurso de méritos, siempre y cuando:** Dicha regla haya sido prevista en las normas del concurso, es decir, en las bases de la convocatoria o **los nuevos empleos tengan la misma denominación, naturaleza y perfil de los expresamente contemplados en la convocatoria**”.* (C. P. Sandra Lisset Ibarra, Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 11001032500020130130400 (33192013), Sep. 27/18.).

DIECISIETE: Por otro lado, anteriormente afirmé que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, ha venido realizando acciones que trasgreden

garantías constitucionales por realizar nombramientos discriminados de ciudadanos que no se encuentran en listas de elegibles y que ni siquiera concursaron de forma meritocrática para el cargo que ocupan, pero no obstante a ello son nombrados en calidad de provisionalidad omitiendo que existe una lista en vigencia de ciudadanos que ganaron un concurso de mérito. Asimismo continuo afirmando lo indicado porque en estos 8 años que tengo en experiencia profesional me han llevado a desempeñarme en varios empleos públicos entre ellos como Juez de la Republica, donde he compartido en audiencias de naturaleza penal con Defensores de Familia y que después de estar por fuera de la judicatura sigo en contacto con algunos, por esta situación fue que me corrieron traslado de una respuesta de un derecho de petición donde se realiza una discriminación de los ciudadanos que actualmente están ocupando el cargo de Defensor de Familia bajos las mismas condiciones que fueron ofertados en el concurso de mérito ya mencionado y en el cual sobrepasa un numero de 300 personas nombradas en provisionalidad, la mayoría se encuentran en la ciudad de Bogotá D.C., es por ello, mas que nadie que el suscrito que ha estado en varios cargos del Estado y he tenido que dejar los mismos debido a la ponderación de derechos por estar en calidad de provisional y los que llegan en calidad de propiedad; por eso señor juez yo que también me he desempeñado en el mismo cargo que usted siempre salvaguardando garantías constitucionales, solicitó que se analice con racero los hechos jurídicamente relevantes que estoy planteando en esta acción constitucional.

DIECIOCHO: En particular, señor juez constitucional solicito que aplique el control de convencionalidad y la excepcionalidad inconstitucionalidad para este caso en concreto debido a que los derechos trasgredidos han tenido una protección de carácter supranacional en cuanto al debido proceso y al derecho a la igualdad, donde la figura del bloque de constitucionalidad ceñido en el artículo 93 de nuestra carta magna, establece que el Estado colombiano una vez suscrito y ratificado un convenio internacional dichas disposiciones hacen parte del ordenamiento jurídico, y es que en gracia de discusión el derecho al debido proceso se encuentra desarrollado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8 y lo que busca básicamente es un debido proceso legal¹ donde es el derecho humano más comúnmente infringido por los Estados y la forma más usual en que los operadores judiciales hacen incurrir al Estado en responsabilidad internacional. Ello por cuanto el debido proceso, o como lo llama la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “el derecho de defensa

¹ Entendido éste como “el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera”, tal y como lo dispone el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Cf. Corte I.D.H. *Caso Genie Lacayo*. Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 74.

procesal”² es una garantía procesal que debe estar presente en toda clase de proceso administrativo o judicial. Ahora que decir del segundo derecho mencionado que es básicamente una de las manifestaciones a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución de 1991, consistente en la posibilidad que tiene todo ciudadano de participar en el ejercicio, la conformación y el control al poder político, el cual se concreta con lo establecido en el numeral 7° del artículo 40 Superior que dispone que todo ciudadano tendrá derecho a “acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (...)”. En el mismo sentido, fue que la Asamblea Constituyente otorgó al Régimen de Carrera Administrativa una preeminencia en el Estado Social, Pluralista y Democrático de derecho. La carrera administrativa está consagrada especialmente en tres disposiciones de la Constitución: (i) el artículo 123 superior define lo que debe entenderse por servidores públicos, y en ese sentido señala que se trata de todas aquellas personas que prestan sus servicios al Estado en calidad de miembros de las corporaciones públicas, al igual que los empleados y trabajadores del mismo y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios; (ii) el artículo 150-23 autoriza al Congreso de la República para expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y, (iii) el artículo 125 constitucional implanta el régimen de carrera administrativa como regla general para todos los empleos en los órganos y entidades del Estado colombiano. Adicionalmente la Corte Constitucional ha puntualizado que existe “una relación intrínseca” entre la carrera administrativa y el cumplimiento de los fines esenciales de la administración pública, al punto que, según la Corporación, el fundamento constitucional de la carrera administrativa se encuentra en los artículos 125 y 209 superiores”, ya que, en ausencia de los criterios de mérito y eficiencia, “la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales ni podrá ser desarrollada con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”.

DIECINUEVE: En ultimo termino, en lo que respecta en materia de procedencia de la acción de tutela muy respetuosamente indicare las exigencias para que proceda, la primera es la **Legitimación por activa:** El artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, regula la legitimación para el ejercicio de la acción de tutela. La norma en cita establece que la solicitud de amparo puede ser presentada: i) a nombre propio; ii) a través de representante legal; iii) por medio de apoderado judicial; o iv) mediante agente oficioso.

De acuerdo con lo expuesto, actuó a nombre propio. La segunda la **Legitimación por pasiva:** la misma dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal de quien es el destinatario de la acción de tutela para ser

² Ibidem.

demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, una vez se acredite la misma en el proceso³. Conforme a los artículos 86 de la Constitución y 1° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad y frente a particulares.

La solicitud de amparo se dirige contra EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF" y la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC"., entidades que han dirigido el proceso meritocrático de los empleos que se sacaron a concurso y que en su contra se dirigen las pretensiones de la tutela bajo examen, lo que acredita la legitimación en la causa por pasiva.

Siguiente la Inmediatez

La Corte Constitucional ha reiterado que uno de los principios que rigen la procedencia de la acción de tutela es la inmediatez. De tal suerte que, si bien la solicitud de amparo puede formularse en cualquier tiempo, es decir, no tiene término de caducidad⁴, su interposición debe hacerse dentro un plazo razonable, oportuno y justo⁵, debido a que su finalidad es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

El suscrito considera que este requisito se cumple en el presente asunto, toda vez, que la acción constitucional se instauró, una vez, se emitieron las providencia del el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca de fecha: 18 de noviembre del 2019, bajo el radicado No. 76001333302120190023401 y la del Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto, el día tres (03) de marzo del dos mil veinte (2020) mediante radicado No. 52001-33-33-009-2020-00032-00, como al igual de conocer la respuesta de mi derecho de petición de fecha 04 de febrero del 2020, donde su decisión acaece hechos que generaron vulneración a garantías fundamentales, máximo cuando la lista de elegible que me encuentro caduca el mes de agosto de la presente anualidad.

Finalmente, la Subsidiariedad

El inciso 4° del artículo 86 Superior consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y establece que *“[e]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio*

³ Ver sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-780 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-373 de 2015 y T-098 de 2016 ambas con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.

⁴ Sentencia T-805 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre otras.

⁵ Sentencia T-834 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-887 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

irremediable”.

Del mismo modo, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, prevé que el amparo constitucional será improcedente, cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante.

La procedibilidad de la acción de tutela se sujeta a las siguientes reglas: (i) procede como ***mecanismo transitorio***, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la prestación, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario⁶; (ii) procede la tutela como ***mecanismo definitivo*** cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia⁷. Además, (iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como *los niños y niñas*, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros, el examen de procedencia de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos⁸.

En este punto, el suscrito debe indicar, desde ya, que se reúnen los prepuestos exigidos por la Corte Constitucional para que sea viable acceder por vía tutela a la salvaguarda de mis garantías como al debido proceso, igualdad, trabajo, acceso a cargos públicos, comoquiera que todos los medios ordinarios los invoque durante el concurso de méritos, que el acto administrativo como la Resolución No. 20182230084005 del 10-08-2018 esta revestida de legitimidad y por ello no se acudió a la jurisdicción contenciosa administrativa y sobre el derecho de petición conocida su respuesta no existe otro medio para acudir sino a la presente acción constitucional, máxime cuando esta en puesta en peligro mis derechos constitucionales ya mencionados y a que la caducidad de la vigencia de la lista opere (termina la vigencia de la lista de elegibles en el mes de agosto de esta anualidad).

DERECHOS VULNERADOS

Derecho fundamental al debido proceso Art. 29 con desarrollo supranacional en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8, el derecho

⁶ Sentencias T-800 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-859 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas.

⁷ Sentencias T-800 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio., T-436 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas, y T-108 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

⁸ Sentencias T-328 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-456 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería, y T-789 del 11 de septiembre de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

a la igualdad establecido en el art. 13 de nuestra Constitucional Política con igual tratamiento supranacional por el órgano internacional ya identificado en su Artículo 24, que expresa: igualdad ante la ley todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.; el derecho al trabajo Art. 25, derecho al acceso a cargos públicos Art. 40 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Acudo ante su Despacho para solicitar la protección del derecho mencionado anteriormente.

1. Sobre la no aplicación de las disposiciones del legislador establecidas en 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”, indicando en su artículo 6 lo siguiente:

“(...) 4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de 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”.

Así entonces, la interpretación racional que quiso instituir el legislador fue básicamente que las listas de elegibles aplican para cargos que encajan plenamente en las convocatorias que ya se surtieron y que tengan las mismas equivalencias, aplicándose de manera automática cuando existan vacantes en calidad de provisionalidad y a las cuales los ciudadanos pueden acceder siempre y cuando se encuentren en una lista de legibles vigente sin que se expresamente prohibiciones de carácter de retroactividad.

La anterior interpretación se encuentra respaldada en el artículo 125 superior que reza:

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. (...)

Desentender lo dispuesto en la Norma Superior sería ignorar que: **“El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado”.**⁹

Por tal razón, el criterio unificado adoptado por la CNSC el 1 de agosto del 2019 sobre las listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019 que dispone que las listas de elegibles vigentes pueden ser utilizadas para promover empleos equivalentes en la misma entidad únicamente para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad a la ley, contradice la norma reglamentada y establece una limitante abiertamente inconstitucional y trasgresora de los derechos fundamentales de quienes a la entrada en vigencia de la ley, hacían parte de las listas de elegibles vigentes, quienes tienen el derecho de acceder a todos los cargos vacantes o surtidos en provisionalidad de idéntica naturaleza a aquellos para los que concursaron sin importar la fecha de la convocatoria; por esta razón exijo que se de aplicación por inconstitucional, en este caso concreto y con efectos inter partes para la lista de elegibles contenida en la Resolución No. CNSC 20182230084005 del 10 de agosto del 2018.

Lo anterior visto, en cuanto a la aplicación por inconstitucional de conformidad al pronunciamiento que hace la Corte Constitucional en la Sentencia SU 132 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada, que expresa:

“la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no puede dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-180/15.

de proteger, en un caso concreto y con efecto inter-partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política”.

De la misma manera, señalaré los fundamentos Constitucionales que tampoco se respetaron: *“Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”¹⁰.

La Constitución Política de Colombia trae de manera adstrato la figura del Bloque de Constitucionalidad el derecho al debido proceso ha tenido un tratamiento internacional mediante la **CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**, convenio ratificado por Colombia y que hace parte de la norma superior.

El derecho a un debido proceso es el derecho humano más comúnmente infringido por los Estados y la forma más usual en que los operadores judiciales

¹⁰ **Sentencias de control de constitucionalidad:**C-221-92; C-472-92; C-478-92; C-479-92; C-511-92; C-541-92; C-546-92; C-562-92; C-574-92; C-575-92; C-587-92; C-588-92; C-599-92; C-606-92; C-530-93; C-318-95; C-445-95; C-022-96; C-337-97; C-371-2000; C-093-2001; C-673-2001; C-810-2001; C-004-03; C-006-03; C-007-03; C-034-03; C-042-03; C-065-03; C-066-03; C-072-03; C-073-03; C-100-03; C-101-03; C-102-03; C-104-03; C-128-03; C-129-03; C-152-03; C-153-03; C-181-03; C-186-03; C-187-03; C-230-03; C-250-03; C-273-03; C-317-03; C-333-03; C-356-03; C-434-03; C-450-03; C-475-03; C-480-03; C-483-03; C-531-03; C-566-03; C-567-03; C-776-03; C-900-03; C-941-03; C-942-03; C-944-03; C-968-03; C-1035-03; C-1039-03; C-1061-03; C-015-04; C-016-04; C-019-04; C-020-04; C-023-04; C-038-04; C-039-04; C-041-04; C-044-04; C-047-04; C-070-04; C-071-04; C-075-04; C-077-04; C-100-04; C-101-04; C-102-04; C-103-04; C-105-04; C-106-04; C-122-04; C-124-04; C-125-04; C-129-04; C-130-04; C-153-04; C-154-04; C-156-04; C-169-04; C-171-04; C-173-04; C-174-04; C-176-04; C-177-04; C-224-04; C-227-04; C-237-04; C-237A-04; C-247-04; C-249-04; C-250-04; C-252-04; C-281-04; C-306-04; C-308-04; C-301-04; C-314-04; C-348-04; C-352-04; C-354-04; C-369-04; C-374-04; C-375-04; C-378-04; C-379-04; C-407-04; C-431-04; C-432-04; C-457-04; C-458-04; C-459-04; C-461-04; C-464-04; C-474-04; C-508-04; C-509-04; C-510-04; C-512-04; C-514-04; C-516-04; C-517-04; C-569-04; C-576-04; C-578-04; C-034-05; C-101-05; C-204-05; C-799-05; C-1187-05; C-1299-05; C-1300-05; C-040-06; C-076-06; C-078-06; C-118-06; C-242-06; C-243-06; C-355-06; C-507-06; C-501-06; C-667-06; C-154-07; C-182-07; C-290-07; C-393-07; C-521-07; C-834-07; C-060-08; C-292-08; C-336-08; C-862-08; C-864-08; C-174-09; C-804-09; C-293-10; C-885-10; C-101-11; C-283-11; C-600-11; C-250-12; C-288-12; C-892-12; C-120-13; C-123-13; C-194-13; C-258-13; C-613-13; C-504-14; C-035-15; C-451-16; C-248-19; C-289-19; C-296-19; C-329-19; C-480-19; **Sentencias de Tutela:**T-002-92; T-006-92; T-008-92; T-009-92; T-015-92; T-401-92; T-402-92; T-406-92; T-408-92; T-409-92; T-410-92; T-412-92; T-418-92; T-420-92; T-421-92; T-422-92; T-424-92; T-426-92; T-427-92; T-429-92; T-432-92; T-439-92; T-441-92; T-444-92; T-446-92; T-450-92; T-467-92; T-469-92; T-470-92; T-484-92; T-487-92; T-489-92; T-491-92; T-494-92; T-499-92; T-500-92; T-505-92; T-512-92; T-523-92; T-524-92; T-526-92; T-527-92; T-533-92; T-534-92; T-539-92; T-540-92; T-547-92; T-554-92; T-567-92; T-568-92; T-571-92; T-591-92; T-598-92; T-601-92; T-604-92; T-605-92; T-611-92; T-613-92; T-230-94; T-735-01; T-117-03; T-397-04; T-903-04; T-1095-04; T-170-05; T-061-06; T-131-06; T-349-06; T-171-07; T-646-07; T-988-07; T-209-08; T-946-08; T-1258-08; T-388-09; T-515-09; T-051-10; T-629-10; T-636-10; T-974-10; T-051-11; T-628-12; T-933-13; T-102-14; T-119-14; T-747-15; T-303-16; T-141-17; C-063-18;

hacen incurrir al Estado en responsabilidad internacional. Ello por cuanto el debido proceso, o como lo llama la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “el derecho de defensa procesal” es una garantía procesal que debe estar presente en toda clase de procesos, no sólo en aquellos de orden penal, sino de tipo civil, administrativo o de cualquier otro.¹¹

El debido proceso implica, precisamente desde sus orígenes, la consecuencia de que cualquier violación grave del procedimiento en perjuicio de la persona equivale a uno de sus derechos fundamentales y, por ende, de la propia Convención. Entre los principios de regularidad del procedimiento, que generan a su vez derechos para los individuos, entre los cuales se destacan los siguientes: el principio de amplitud de la prueba, de legitimidad de la prueba, inmediación de la prueba, identidad física del juzgador, impulso procesal de oficio y valoración razonable de la prueba.

Ahora bien, ya que la Constitución Política de Colombia trae de manera adstrato la figura del Bloque de Constitucionalidad el derecho al debido proceso ha tenido un tratamiento internacional mediante la CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, convenio ratificado por Colombia y que hace parte de la norma superior por lo cual se expresa que:

“Artículo 8. Garantías Judiciales

1. *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (...)*”

El derecho a un debido proceso legal es el derecho humano más comúnmente infringido por los Estados y la forma más usual en que los operadores judiciales hacen incurrir al Estado en responsabilidad internacional. Ello por cuanto el debido proceso, o como lo llama la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “el derecho de defensa procesal” es una garantía procesal que debe estar presente en toda clase de procesos, no sólo en aquellos de orden penal, sino de tipo civil, administrativo o de cualquier otro.

El debido proceso implica, precisamente desde sus orígenes, el derecho al debido proceso “legal”, con la consecuencia de que cualquier violación grave del

¹¹ Doctrina que se colige del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

procedimiento en perjuicio de la persona investigada equivale a uno de sus derechos fundamentales y, por ende, de la propia Convención. Entre los principios de regularidad del procedimiento, que generan a su vez derechos para el imputado, merecen destacarse los siguientes: el principio de amplitud de la prueba, de legitimidad de la prueba, inmediación de la prueba, identidad física del juzgador, impulso procesal de oficio y valoración razonable de la prueba.

Por otro lado, la asamblea constituyente otorgó al régimen de carrera administrativa una preeminencia en el estado social, pluralista y democrático de derecho.

Por ende, la carrera administrativa está consagrada especialmente en tres disposiciones de la Constitución: (i) el artículo 123 superior define lo que debe entenderse por servidores públicos, y en ese sentido señala que se trata de todas aquellas personas que prestan sus servicios al Estado en calidad de miembros de las corporaciones públicas, al igual que los empleados y trabajadores del mismo y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios; (ii) el artículo 150-23 autoriza al Congreso de la República para expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y, (iii) el artículo 125 constitucional implanta el régimen de carrera administrativa como regla general para todos los empleos en los órganos y entidades del Estado colombiano.

Adicionalmente la Corte ha puntualizado que existe “una relación intrínseca” entre la carrera administrativa y el cumplimiento de los fines esenciales de la administración pública, al punto que, según la Corporación, el fundamento constitucional de la carrera administrativa se encuentra en los artículos 125 y 209 superiores”, ya que, en ausencia de los criterios de mérito y eficiencia, “la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales ni podrá ser desarrollada con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”.

PROPÓSITOS CONSTITUCIONALES

Además del objetivo amplio de buscar la materialización de la materialización del Estado Social de Derecho a través de la Estructura de la función pública, esta Corporación ha reconocido que la carrera administrativa cumple con los siguientes objetivos específicos:

La garantía de cumplimiento de los fines estatales

El sistema de carrera administrativa busca el cumplimiento de los fines

estatales, en la medida en que permite que la función pública, entendida como “el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines”, pueda desarrollarse por personas calificadas y seleccionadas bajo el único criterio del mérito y de calidades personales y capacidades profesionales, para determinar su ingreso, permanencia, ascenso y retiro del cargo, bajo la vigencia de los principios de eficacia, eficiencia, moralidad, imparcialidad y transparencia.

En este sentido, se busca el óptimo funcionamiento en el servicio público, de forma tal que el mismo se lleve a cabo bajo condiciones de igualdad, eficiencia, eficacia, imparcialidad y moralidad; siendo condiciones que se alcanzan a través del proceso de selección de los servidores del Estado por concurso de méritos y capacidades (C.P. Preámbulo, arts. 1º, 2º y 209). Por lo anterior, debe reconocerse que es fundamental para garantizar la eficiencia y eficacia en el servicio público, seleccionando a funcionarios y empleados por su mérito y su capacidad profesional demostrados mediante concurso público, con lo cual a su vez se logra el ingreso a la carrera administrativa:

“El ingreso a los empleos públicos de las personas más idóneas y capacitadas para el cumplimiento de los propósitos misionales de las instituciones estatales es un presupuesto ineludible para la eficacia de los derechos constitucionales, en los términos del artículo 2 C.P. De igual manera, los concursos públicos basados en el mérito de los aspirantes y la estabilidad en el empleo propia del régimen de carrera administrativa son características que se muestran constitucionalmente valiosas en términos de realización del principio democrático en la administración pública. En efecto, la operatividad material de los sistemas de carrera administrativa impide la reproducción de prácticas clientelistas y otras formas de favorecimiento a través de la concesión irregular de empleos estatales, comportamientos estos que alejan a la función pública de la satisfacción del interés general y del cumplimiento de los fines esenciales del Estado”¹².

En este aspecto se pretende: (i) la dotación de una planta de personal capacitado e idónea que preste sus servicios conforme lo requiera el interés general; (ii) contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados y; (iii) asegurar que la administración esté conformada por personas aptas desde los puntos de vista de capacitación profesional e idoneidad moral, para que la función que cumplan sea acorde con

¹² Sentencia de la Corte Constitucional C-315 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño

las finalidades perfectivas que el interés general espera de los empleados que prestan sus servicios al Estado.

En consecuencia, la Corte ha reiterado que la institucionalización e implementación del régimen de carrera busca garantizar la más alta idoneidad de los funcionarios y servidores públicos, la excelencia en la administración pública para el logro de los fines esenciales y objetivos del Estado Constitucional de Derecho, como el servicio a la comunidad, la satisfacción del interés general y la efectividad de los principios, valores, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, contribuyendo a evitar los vicios del clientelismo, favoritismo y el nepotismo, y aportando así mismo a la modernización y racionalización del Estado.

Preservación y vigencia de los derechos fundamentales de las personas de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos

La carrera administrativa también busca la preservación y vigencia de los derechos fundamentales de las personas de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos y ejercitar su derecho al trabajo en igualdad de condiciones y oportunidades, con estabilidad y posibilidad de promoción, según la eficiencia en los resultados en el cumplimiento de las funciones a cargo (CP, arts. 2o., 40, 13, 25, 40, y 53).

Desde la perspectiva constitucional, la comprensión de la función pública en clave de derechos fundamentales, impone una interpretación sistemática de la cláusula del Estado Social de Derecho (art.1); el derecho a la igualdad (art.13); los derechos políticos de los colombianos (art.40.7); el establecimiento de funciones públicas mediante ley o reglamento y las limitantes para acceder a cargos públicos (art. 122 con su reforma mediante el A.L. 01 de 2009); la regla del ingreso a la carrera por concurso de méritos y el principio de igualdad de oportunidades (art.125); al igual que la creación de la Comisión Nacional del Servicio Civil (art.130).

En este sentido, el sistema de carrera administrativa está íntimamente vinculado con la protección del derecho político a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (Art. 40-7 C.P.) en condiciones que satisfagan la igualdad de oportunidades. La exigencia de un concurso público de méritos permite, a partir de un procedimiento abierto y democrático, que los ciudadanos, sin distinción ni requisitos diferentes a las calidades profesionales que se exijan para el cargo correspondiente, pongan a consideración de las

autoridades del Estado su intención de hacer parte de su estructura burocrática. Además, como se ha indicado, dicho mecanismo de selección debe responder a parámetros objetivos de evaluación, lo que impide tratamientos discriminatorios injustificados en el acceso al servicio público.

La carrera administrativa otorga eficacia a los derechos subjetivos de los trabajadores, entre ellos los servidores públicos, en especial la estabilidad laboral (Art. 53 C.P.). En efecto, el mandato según el cual el ingreso, ascenso y retiro en los cargos del Estado se realizará bajo condiciones que (i) valoren el mérito y calidades de los aspirantes o servidores; y (ii) para el caso del retiro del servicio, deban estar relacionadas con la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario o por las demás causales que expresamente prevea la Constitución o la Ley, permite predicar derechos adquiridos de permanencia en el empleo a favor de los trabajadores que ingresan bajo el cumplimiento de los requisitos de la carrera administrativa.

LA NECESIDAD DE ERRADICAR LA CORRUPCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A través del sistema de carrera administrativa también se busca luchar contra la corrupción, pues la misma garantiza la independencia y la transparencia del ingreso a la función pública:

“Se trata, entonces, de erradicar “el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo”, propósito que guía no sólo al régimen general de carrera administrativa, sino también a los especiales que son de índole constitucional y a los específicos que son “de estipulación legal”. En efecto, según la jurisprudencia constitucional, todos los empleos de carrera administrativa se encuentran sometidos al principio del mérito y en este sentido, aún los específicos de creación legal carecen de identidad propia, es decir, no son autónomos e independientes, puesto que, en realidad, constituyen “una derivación del régimen general de carrera, en cuanto que, debiendo seguir sus principios y postulados básicos, sólo se apartan de éste en aquellos aspectos que pugnan o chocan con la especialidad funcional reconocida a ciertas entidades, justificándose, en estos casos, la expedición de una regulación complementaria más flexible”, pero “manteniendo en todo caso los presupuestos esenciales de la carrera general fijados en la Constitución y desarrollados en la ley general que regula la materia”.

LA CARRERA COMO REGLA GENERAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El artículo 125 de la Constitución Política establece, como regla general, que el régimen de los empleos estatales es el de carrera administrativa, buscando con ello privilegiar el mérito como criterio de selección y permanencia del personal público. La excepción de la aplicación de la carrera administrativa son los empleos de libre nombramiento y remoción, los de elección popular, y los demás que determine la Ley.

La cobertura de la regla general sobre carrera se extiende de tal manera que cuando existan empleos cuyo sistema de provisión no haya sido determinado por la Constitución o la Ley, deberá acudirse al concurso público para el nombramiento de los respectivos funcionarios. En este sentido, la Corte Constitucional ha manifestado:

“Conforme lo prescribe el artículo 125 superior, la regla general es que “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera”, es decir, “el acceso a ellos se hace previo el cumplimiento de los requisitos y las condiciones que fije la ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes.” Consecuentemente, el mismo artículo 125 constitucional dispone que “(l)os funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.”

La norma constitucional prescribe distintas reglas derivadas del sistema de carrera administrativa: (i) los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera; (ii) se exceptúan de ello los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley; (iii) para el caso de los cargos en que ni la Constitución ni la Ley haya fijado el sistema de nombramiento, este se realizará mediante concurso público; (iv) el ingreso y ascenso en los cargos de carrera, se harán previo cumplimiento de los requisitos que fije la Ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes y; (v) en ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento, ascenso o remoción en un empleo de carrera.

EL CONCURSO DE MÉRITO COMO MANIFESTACIÓN DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA

La regla general que consagra la Constitución es doble: de un lado señala que, salvo las excepciones legales o constitucionales, los empleos públicos son de

carrera; y de otro, prescribe que a tal carrera se accede por concurso público.

En este sentido, es una exigencia Constitucional, que los empleos estatales se provean mediante un concurso que permita: (i) participar en la competencia a todas las personas por igual y (ii) elegir entre ellas a las que sean las mejores para desempeñar las funciones, en razón a sus méritos.

De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 125 de la Constitución, la carrera administrativa está llamada a desarrollarse en tres fases claramente diferenciadas: el ingreso a los cargos, el ascenso en los mismos y el retiro. Respecto a las dos primeras fases, la propia disposición constitucional señala que el ingreso y el ascenso se efectuarán “previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”. Frente a la última fase, la norma consagra que el retiro de un servidor público inscrito en carrera sólo puede ocurrir: “por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y en la ley”; precisando el mismo texto constitucional que “[e]n ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un cargo de carrera, su ascenso o remoción”.

De igual manera, se ha resaltado que el legislador cuenta con un margen de configuración normativa para clasificar los concursos, señalar sus trámites y estatuir los requisitos exigibles en cada uno de ellos, e igualmente, que los concursos públicos abiertos garantizan la máxima competencia para el ingreso al servicio de los más capaces e idóneos, la libre concurrencia, la igualdad de trato y de oportunidades, y el derecho fundamental de acceder a la función pública, lo cual redundará, por consiguiente, en el logro de la eficiencia y la eficacia en el servicio administrativo.

LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN DEL LEGISLADOR EN MATERIA DE CARRERA ADMINISTRATIVA

La libertad de configuración legislativa en materia de carrera administrativa ha sido reconocida por esta Corte, siempre que se ejerza dentro de los límites impuestos por la Constitución Política. En este sentido, el Legislador tiene un amplio margen de libertad de configuración en el diseño del sistema de carrera administrativa y de los mecanismos a través de los cuales se valoran los méritos de los aspirantes a ingresar o a ascender dentro de la misma, así como de las de retiro del servicio oficial:

“La Corte ha reconocido que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración para diseñar las etapas, pruebas y trámites del concurso y estatuir los requisitos exigibles en cada uno de ellos, y ha resaltado “que los concursos públicos abiertos garantizan la máxima competencia para el ingreso al servicio de los más capaces e idóneos, la libre concurrencia, la igualdad de trato y de oportunidades, y el derecho fundamental de acceder a la función pública, lo cual redundará, por consiguiente, en el logro de la eficiencia y la eficacia en el servicio administrativo”.

El Constituyente dejó en cabeza del legislador, la facultad de regular la carrera administrativa, como mecanismo de acceso a las entidades y órganos del Estado, teniendo como único parámetro, garantizar los principios y valores que inspiran la Carta fundamental, entre ellos el derecho a la igualdad.

En esa medida, el Legislador puede establecer los criterios y principios que orientan los sistemas de evaluación del desempeño de los funcionarios de carrera, los tipos y momentos de evaluación, el procedimiento, las garantías procesales y las consecuencias de dicha evaluación. Igualmente, puede diseñar el régimen disciplinario de los funcionarios de carrera, codificarlo en un único instrumento, o regularlo en varios, tipificar nuevas faltas y establecer distintas sanciones, e instituir el procedimiento a través del cual se imponen las sanciones. También puede regular y estructurar causales de retiro adicionales a las señaladas en el artículo 125 constitucional, no necesariamente relacionadas con la evaluación del desempeño o con la violación del régimen disciplinario, como por ejemplo, la regulación del retiro de funcionarios por haber llegado a la edad de retiro forzoso, por la posesión de funcionarios de carrera en cargos de libre nombramiento y remoción sin que medie la comisión respectiva, o como consecuencia de la fusión, liquidación de entidades públicas o de la supresión de cargos.

Sin embargo, también se ha precisado que dicha competencia no es ilimitada, puesto que debe acompañarse con el objetivo mismo que persigue el sistema de carrera. Este objetivo consiste en asegurar que el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se realice exclusivamente con fundamento en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna, de conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política. En este sentido, se ha afirmado:

“Cuando el legislador reglamenta el ingreso, ascenso y retiro de la carrera su ámbito de apreciación está limitado por la configuración constitucional de la carrera, por sus fines y principios que la rigen y por los derechos que

protege. Si la Carta establece diferencias entre los conceptos de ingreso, ascenso y retiro de la carrera administrativa, con esa distinción configura un límite para el poder de regulación del legislador pues éste no puede desconocer las situaciones jurídicas de los empleados estatales de tal manera que pueda atribuir a unas de ellas los efectos que corresponden a otras y, por esa vía, vulnerar sus derechos adquiridos”.

La competencia del legislador para determinar las excepciones a la carrera administrativa se ejercita debidamente, “siempre y cuando no altere la naturaleza de las cosas, es decir, mientras no invierta el orden constitucional que establece como regla general la carrera administrativa, ni afecte tampoco la filosofía que inspira este sistema”, ya que la alteración de ese orden se traduce, además, en la incorporación de “discriminaciones injustificadas o carentes de razonabilidad”.

Los contornos de esta facultad, según la jurisprudencia, están delimitados por tres objetivos fundamentales a saber:

“i) La búsqueda de la eficiencia y eficacia en el servicio público, ya que la administración debe seleccionar a sus trabajadores exclusivamente por el mérito y su capacidad profesional empleando el concurso de méritos como regla general para el ingreso a la carrera administrativa;

ii) La garantía de la igualdad de oportunidades, pues de conformidad con lo preceptuado en el artículo 40-7 de la Constitución todos los ciudadanos tienen igual derecho a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas; y

iii) La protección de los derechos subjetivos consagrados en los artículos 53 y 125 de la Constitución, en la medida en que esta Corporación ha señalado que las personas vinculadas a la carrera son titulares de unos derechos subjetivos adquiridos que deben ser protegidos y respetados por el Estado”.

LOS PRINCIPIOS APLICABLES A LOS MECANISMOS DE INGRESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA.

EXIGENCIA INTERNACIONAL

La necesidad de aplicar una serie de principios específicos aplicables a cualquier forma de acceso, selección o ingreso a la función pública ha sido reconocida a nivel internacional en diversos tratados suscritos y ratificados por Colombia:

El numeral segundo del artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

El numeral 1º del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho de acceso a cargos públicos como un derecho político:

“Artículo 23. Derechos Políticos¹. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

El artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra el derecho de acceso a cargos públicos, en condiciones de igualdad de oportunidades, en los siguientes términos:

“Artículo 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;

c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas

de su país”

La Observación General núm. 25, mediante la cual se interpreta la citada disposición convencional prevé que:

“Para garantizar el acceso en condiciones generales de igualdad, los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución deben ser razonables y objetivos.

Podrán adoptarse medidas positivas para promover la igualdad de oportunidades en los casos apropiados a fin de que todos los ciudadanos tengan igual acceso”.

PRINCIPIO DEL MÉRITO

El constituyente de 1991 privilegió el mérito como el criterio que define la forma de acceso a la función pública y, en consecuencia, estableció el concurso público como la manera de establecerlo -salvo para los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los que determine la Ley-. Específicamente, el artículo 125 de la Carta autoriza al legislador para: (i) fijar requisitos y condiciones determinantes del méritos y calidades de los aspirantes; (ii) definir las causales de retiro -además de la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario y las señaladas por la Constitución- y prohíbe tomar la filiación política de los ciudadanos para determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción¹³. Al respecto, puntualizó:

De conformidad con la interpretación que de las disposiciones superiores ha realizado la Corte Constitucional, la carrera administrativa “se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público”, mérito que, en tanto elemento destacado de la carrera administrativa, comparte el carácter de regla general que a ésta le corresponde. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, los principios generales de la carrera administrativa se enfocan “todos ellos a la eficacia del criterio del mérito como factor definitorio para el acceso, permanencia y retiro del empleo público”¹⁴ y, en esa medida, el artículo 125 superior establece el criterio del mérito como regla general¹⁵.

¹³ Sentencias de la Corte Constitucional C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-901 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-315 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁵ Sentencias de la Corte Constitucional C-349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

La Corte Constitucional se ha referido al mérito como fundamento consagrado en la Carta Política para el ingreso y ascenso a la carrera pública, en los siguientes términos¹⁶:

"La ratio iuris de una carrera no es otra que la de racionalizar la administración mediante una normatividad que regule el mérito para el ingreso, el ascenso, los concursos, la capacitación, las situaciones administrativas y el retiro del servicio. Con ello se objetiviza el manejo del personal y se sustraen los empleos de factores subjetivos. La idea de "mérito" es la piedra de toque del ingreso a la carrera. Tal idea es heredera espiritual de las ideas platónicas acerca del filósofo-rey. (Corte Constitucional C-071 del 25 de febrero de 1993. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Esto significa entonces, que el mérito, es la condición esencial para el ingreso, permanencia y la promoción en la función pública, y que le corresponde al Legislador la determinación del régimen jurídico correspondiente, señalando el sistema de nombramiento, los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes así como las causales de retiro del servicio oficial, para lo cual goza de un amplio margen de configuración dentro de los límites que impone la carrera como principio del ordenamiento superior y el marco constitucional fijado para desarrollar este criterio que ha sido determinado por la jurisprudencia constitucional ¹⁷.

Si el acceso a la administración pública se basa en los méritos y en la igualdad de oportunidades, y si se asegura la estabilidad en el cargo, se garantizará su libertad de toda injerencia o presión política”.

PRUEBAS

Ruego al Señor Juez se sirva tener en cuenta como fundamentos de los hechos, las siguientes pruebas:

1. Resolución No. CNSC – 20182230084005 del 10-08-2018, la cual adquirió firmeza el día 27/08/18. (LISTA DE ELEGIBLES).
2. De la providencia de segunda instancia del TRIBUNAL CONTENCIOSO

¹⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-011 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C-753 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería y SU – 086 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA de fecha: 18 de noviembre del 2019, bajo el Radicado No. 76001333302120190023401.

3. Copia del derecho de petición del suscrito de fecha: 04 de febrero del 2020 vía página web al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF solicitando: **i.** *Que basados en el Acuerdo 562 de 2016 de la CNSC y en las demás normas que rigen para el uso de las listas de elegibles conformadas para un empleo con OPEC específica, se haga uso de la lista elegibles para la OPEC 34242 Nivel: profesional, Denominación: defensor de familia Código 2125 Grado 17 donde se ofertó 106 vacante para el Centro Zonal Bogotá D.C, emitida mediante la Resolución No. CNSC – 20182230084005 del 10-08-2018, la cual adquirió firmeza el día 27/08/18. En dicha lista de elegibles, yo ocupo el 190 lugar y que, como consecuencia de ello, se proceda a efectuar mi nombramiento en periodo de prueba en la otra vacante (que está en vacancia definitiva) de Defensor de familia existente en el Centro Zonal en Bogotá D.C., por estar de en la lista de elegibles de la OPEC 34242 Nivel: profesional, Denominación: defensor de familia Código 2125 Grado 17.;* **ii.** *Se me informe porque se van a apartar de la providencia: Sentencia de segunda instancia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca de fecha: 18 de noviembre del 2019, bajo el radicado No. 76001333302120190023401, en caso de no acceder a mi petición principal señalándome las razones de hecho y de derecho;* **iii.** *Se me informe de la lista de elegibles de la Resolución No. CNSC – 20182230084005 del 10-08-2018, la cual adquirió firmeza el día 27/08/18, cuantas personas han sido nombradas en las 106 vacantes ofertadas en la Comisión Nacional del Servicio Civil que convocó a Concurso para el ICBF 433 – ICBF y* **iv.** *Se me informe cuantas personas están ocupando cargos en calidad de: Provisionalidad y encargos del empleo Denominado: defensor de familia Código 2125 Grado 17, de conformidad al DECRETO 1479 DE 2017, discriminándome cuantos en la ciudad de Bogotá y cuantos a nivel nacional.*
4. Copia de la respuesta del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF emitida bajo el radicado **SIM 1761751814** de fecha 25 de febrero de 2020.
5. Copia del fallo del Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto del día tres (03) de marzo del dos mil veinte (2020) mediante radicado No. 52001-33-33-009-2020-00032-00.

6. Copia de respuesta del derecho de petición **SIM 1761751843** de fecha 04 de febrero del 2020, donde establece las vacantes vigentes del cargo de Defensor de Familia a nivel nacional.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Fundamento esta acción en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 y sus decretos reglamentarios 2591 y 306 de 1992.

PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos relacionados, solicito al señor Juez disponer y ordenar a favor mío lo siguiente:

1. Que se me tutelen los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo, acceso a cargos públicos debido a la puesta en peligro de estos por parte de el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF" y la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC.
2. Se ordene a la CNSC y al ICBF que en el termino de 48 horas siguientes al fallo de tutela, realicen los tramites administrativos pertinentes para que se de cumplimiento a lo ordenando en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles Resolución No. CNSC 20182230084005 del 10/08/2018, la cual adquirió firmeza el día 27/08/18; "Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer ciento seis (106) vacantes del empleo identificado con el código OPEC No. 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del sistema general de carrera administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, convocatoria No. 433 de 2016-ICBF"; para que me nombren y posesionen en las más de las setenta y seis (76) vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017 en la ciudad de Bogotá D.C., y así evitar un perjuicio irremediable.
3. De no prosperar la pretensión del numero dos (02) ya sea porque el juez constitucional aplique en el fallo efectos inter comunis y por ende se agoten las vacantes establecidas en la ciudad de Bogotá D.C., bajo el criterio de mejor derecho sobre la Resolución No. CNSC 20182230084005 del 10/08/2018, la cual adquirió firmeza el día

27/08/18; solicito que se aplique por inconstitucionalidad el criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019, proferido por la CNSC el 1 de agosto del 2019, por lo expuesto en la parte de FUNDAMENTOS JURÍDICOS en lo que respecta a la tesis de la sentencia de la Corte Constitucional T-180/15, produciendo per sé que me nombren y posesionen en las más de 328 cargos creados para Defensor de Familia por medio del Decreto 1479 de 2017 y que actualmente se encuentran en VACANCIA DEFINITIVA, y de ser en lo posible en departamentos como Cundinamarca, Antioquia, Santander y Atlántico por que son territorios que en un hipotético caso no afectarían mi núcleo familiar.

ANEXOS

1. Copia de la tutela sus anexos (documentos relacionados en el acápite de pruebas) de la tutela para el correspondiente traslado a la accionada.
2. Copia de la tutela para el archivo del Juzgado.
3. Copia de los documentos relacionados en el acápite de pruebas.
4. Copia de mi Cedula de ciudadanía.
5. Copia de mi Tarjeta Profesional.
6. Copia de Registro civil de nacimiento para acreditar que tengo un núcleo familiar.
7. Copia de Registro civil de matrimonio para acreditar que tengo un núcleo familiar.

CUMPLIMIENTO AL ARTÍCULO 37 DE DECRETO 2591/91: JURAMENTO

Manifiesto bajo la gravedad de juramento que no se ha presentado ninguna otra acción de tutela por los mismos hechos y derechos por parte de suscrito en contra del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF" Y LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC**.

NOTIFICACIONES

Dirección para recibir comunicaciones, los accionantes en:

- Notificaciones Judiciales ICBF
Notificaciones.Judiciales@icbf.gov.co.
- Correo exclusivo para notificaciones judiciales:
notificacionesjudiciales@cns.gov.co.

Atentamente,

